ENCICLOPEDIA LEGALE

OVVERO

DIZIONARIO DI DRITTO

CIVILE, PENALE, ECCLESIASTICO, COMMERCIALE

ED AMMINISTRATIVO

OPERA

COMPILATA SULLE MIGLIORI IN TAL GENERE

E PUBBLICATA

DA FRANCESCO DIAS

UFFIZIALE DI CARICO NEL MINISTERO E REAL SEGRETERIA DI STATO DELLE FINANZE

VOLUME DECIMO

NAPOLI
PRESSO GIOVANNI PELLIZZONE
Strada nuova dei Fossi a Foria num. 6.

1857

ENCICLOPEDIA LEGALE

OVVERO

DIZIONARIÒ DI DRITTO

CIVILE, PENALE, ECCLESIASTICO, COMMERCIALE

ED AMMINISTRATIVO

IPOTECA

(*Continuazione e fine*)

3. I privilegi generali dell'art. 1970, e propriamente quelli fissati nei nn. 2 a 5, sono graduati secondo l'ordine numerico fissato dalla legge. È questa, che ha pesato il favore del credito e perciò è tolto al potere giudiziario ogni arbitrio. Nè la volontà del debitore, senza consenso del creditore posto nel n. 2, è bastante a concedere a quello, collocato nel 3, una preferenza. È tale il favore, che vede la legge in questi crediti, che testualmente cogli art. 1974 n. 1, 1978, 1979, 1989 e 1991, si pongano sopra i privilegi del tesoro, sia che con questi concorrano sui mobili, sia che concorrano sugl'immobili del contabile, e del condannato, e sopra quelli dei particolari, allorchè concorrono *in subsidium* sugl' immobili specialmente gravati.

Quello che si debbe rassodare è il concorso di essi privilegi generali dell' art. 1970 con i privilegi speciali sui mobili.

Innanti tutto conviene rifermare, che, per l'art. 1976 *in fine* comb. 1986 *in principio*, il privilegio speciale del tesoro, per le contribuzioni dirette, vinca tutti i creditori, e quindi pure quelli mentovati nell'accennato articolo 1970: *il tesoro pubblico nella riscossione delle contribuzioni dirette gode il privilegio della preferenza ad ogni altro creditore sulle ricolte, frutti* ec. La cessione di questi frutti, di queste ricolte non vale in pregiudizio di esso privilegio del tesoro, imperciocchè per principii di dritto pubblico

è risaputo, che al proprietario non appartengano i prodotti della terra, che colla prededuzione di quelli frutti inservienti al bisogno dello Stato.

Se il proprietario sui frutti da servire allo Stato non ha proprietà, come può trasferirli in altri? *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*; ognuno il sa. Di qui bene si apprende, che le ultime parole dell' art. 1987 — *e ciò salvo sempre il dritto dei terzi antecedentemente acquistato* in contraddizione *in terminis* colle ultime del citato art. 1976, siano senza vita, e non abbiano dritto ad essere considerate. Al più si terrà conto della cessione parziale delle ricolte, delle pigioni ec., quando sul resto possa essere rivaluto il tesoro, o quando questo è stato soddisfatto delle due annate, di cui discorre l' art. 1986; vedi Gigli pag. 450 e 451, 3. vol., dove si rinviene la ministeriale del 6 giugno 1810, che dilegua ogni dubbio nel senso dell' emessa opinione.

Ove si tratta di proprietà mobiliare, consistente in iscrizioni sul gran libro immobilizzate, in danaro versato nella cassa di ammortizzazione, e che costituiscono cauzioni dei contabili, per l' art. 1984 pure gode il tesoro di privilegio soperiore a tutti i creditori: *su tali cauzioni il tesoro gode un privilegio, a fronte del quale* TACE *ogni altro privilegio di qualunque altro creditore. Niuno può attentare su quelle somme fino a che, dopo la discussione del conto legittimamente renduto, siasi dichiarato che il contabile non risulta debitore di veruna quantità per la porzione o amministrazione tenuta.* Che parole energiche!

Parimenti riteniamo, che per l' art. 1943 il credito pegnoratizio sia preferibile ai privilegi generali dell' art. 1970, perchè *il pegno conferisce al creditore il dritto di farsi pagare sulla cosa pegnorata, con privilegio e prelazione agli altri creditori.* Il Troplong acerrimo sostenitore della preferenza dei privilegi generali sopra gli speciali, in controsenso del Duranton sostiene opposta opinione, e con veduta filosofica. Egli dice così: la proprietà del pegno è del debitore; ora, avendo tutti i creditori sopra della stessa garantigie con dritto di prelazione per chi ha privilegio, ne viene per legittima conseguenza, che, essendo più nobili i crediti dell' art. 1970, che quello di un qualunque siasi creditore, che avrà potuto avere il pegno, sia forza conchiudere, che i primi al secondo siano preferibili. Per il Troplong il deposito del pegno presso il creditore pegnoratizio non fa peso; impedisce, che quello s' intenda un elemento di tutto il patrimonio del debitore, sopra del quale indistintamente le prelazioni si regolino, secondo il favore del credito dei privileg. Noi non esiteremmo in alcun modo ad abbracciare questa dottrina, se non avessimo negata la qualità privilegiata al credito garantito con pegno. Noi ritenemmo nelle pag. 650 a 655 di questi capitoli, e riteniamo tuttora, che il sedicente privilegio del pegno non sia altro, che una

prelazione, e non un vero privilegio, ai termini dell' art. 1965; e che perciò l' art. 1943 sia un'aggiunzione all'articolo 1964, in quantochè, oltre i privilegi, e le ipoteche, vi sia il pegno convenzionale, come causa di prelazione. Ciò riferm̃ato, si conchiude bene, che noi mettiamo il pegno convenzionale sopra i privilegi generali dell' art. 1970, non in conseguenza di un paragone tra i privilegi speciali e generali sui mobili, ma per testo formale di legge, cioè per virtù dell' art. 1943. Come l' art. 1984 per sola forza legislativa fa entrare il tesoro innanti a tutti sul pegno, dato per cauzione, così l' art. 1943 dà tanta forza ai contraenti di patteggiare una convenzione, cui si annette un' identica efficacia. Poteva fare il legislatore, che il pegno si ponesse sopra i privilegi generali? E sia ognuno certo, che l' abbia voluto e fatto. Non trovandosi testo di legge, che regolasse il concorso di questi privilegi generali dell' art. 1970 cogli speciali sui mobili, vi è celebre quistione tra gli scrittori sulla preferenza degli uni o degli altri; noi crediamo, che fora follia sperare una riconciliazione tra le contrarie opinioni. Per altro, questo non ci fà ostacolo, che noi diciamo il nostro parere, dopo avere riferiti gli altrui con quella libertà, e con quel riguardo ad ogni scrittore ad un tempo, che da ogni sillaba delle nostre parole facciamo trasparire.

Alcuni dicono, che i privilegi generali vincano gli speciali, tra perchè il favore dei crediti, che garentiscono così reclama, e perchè, sebbene si tratti di modiche somme, non ha sdegnato il legislatore di assegnare in garantigia degli stessi tutta la proprietà del debitore, non esclusa la immobiliare, sopra di cui vanno testualmente graduati in preferenza agli speciali.

Altri per l'opposto, seguendo la massima *in toto iure generi per speciem derogatur*, hanno pensato tutt' altro. E finalmente si è fatta manifesta una terza opinione, colla quale si è detto, che per vedere se un privilegio generale vinca uno speciale, *o viceversa*, bisogni fare astrazione dalla generalità e specialità, ed esaminare il principio dell' uno e dell' altro. In questo modo specifico, si è soggiunto, risolvendo la quistione, si evitano gl' inconvenienti, che un' assoluta dottrina sulla preferenza dei privilegi generali sugli speciali, o di questi su di quelli, seco produce.

A nostro modo di vedere, la prima di queste tre opinioni è preferibile; ma è uopo aggiungere qualche altra idea, o presentare con più energia le nozioni addotte dagli scrittori.

I privilegi generali vincono gli speciali sugli immobili, sia che questi si riferiscano al tesoro, sia che appartengano ai particolari; i privilegi generali dell' art. 1970 vincono i privilegi generali del tesoro in quanto ai mobili, e soli gli speciali su questi, a quelli primi sono superiori?!! E possiamo persuaderci, che il privilegio delle spese funerali, vincendo il padrone del fondo, cioè il venditore dello immobile, si arresti innanti al venditore del

mobile? Vincerà quello il creditore, che conserverà l' immobile, e sarà vinto dal conservatore della cosa mobile? È vero, che in materia di privilegio sia l' interpretazione di stretto dritto, ed ogni argomento di analogia sia proibito; ma ciò non toglie, che, avendo di mira l' art. 1966, non possiamo fare questo ragionamento: tanto è nobile il credito delle spese funerali o di ultima malattia, che il legislatore vuole sia posto sul danaro dell' immobile venduto in pregiudizio del credito del venditore, e di quel venditore, senza di cui il primo non si sarebbe potuto soddisfare. Vuole la legge in ogni modo, che sia pagato chi soccorre all'uomo infermo; e perciò comanda, che si faccia sacrificio fino del dritto di colui, le cui possessioni passata nel dominio del compratore fanno sicuro il credito del farmacista. Ove questo venditore non sarà sollecito, o non potrà spiegare l' azione di reacissione, sia certo, che vedrà il prezzo del fondo, a lui non pagato, distribuito ad altri in discapito suo. Ora argomentando da questa disposizione alla preferenza dello stesso creditore di spese di ultima malattia sul creditore, venditore di cose mobili, non è estendere una disposizione di legge privilegiata, fatta per un caso, ed un altro, ma piuttosto è cercare coll' aiuto della stessa di penetrare il favore del credito delle spese di ultima malattia, e scoprirne la nobiltà. Il giudice profferisce la sentenza in favore del privilegio generale sullo speciale in quanto ai mobili, non per l' art. 1974, ma pel principio universale, che, perchè preme allo Stato, che sia pagato prima chi soccorre alla persona morente, e poi chi ingrandisce colle cose sue la fortuna del compratore, debba in ogni modo il creditore primo vincere il secondo.

Che poi il privilegio speciale vinca il generale, perchè quello è più avvinto sulla cosa, è proposizione, il diciamo francamente, che desta il riso; come! in materia di privilegi, in materia di ipoteca vi è maggiore o minore spessezza? Come è avviticchiato più il privilegio speciale, che il generale? È più vicino al mobile il privilegio speciale, che il generale? Confessiamo di non comprendere questo linguaggio. In materia di privilegi sui mobili non si può parlare di *avviticchiamento*, perchè non vi è dritto di seguito; ma, in ogni modo, convien dire, che in quanto alla relazione tra il creditore e le cosa non vi sia differenza tra il privilegio generale e lo speciale, perchè dell' uno e dell' altro una è l' intensità, uno è l' attaccamento (si passi questa parola) alla cosa; la loro differenza non dipende da che uno è più, e l' altro meno inerente a questa, ma dal principio e dalla estensione.

Resti dunque fermo, che i privilegi generali sui mobili vincano gli speciali tutti, ad eccezione di quelli, che abbiamo qui sopra enunciato. Adunque l' art. 1970, va sopra gli art. 1971, 2103, e 2104 — 123 pr. pen. — 89 a 93. 197, 261, 270, 297, 298, 311, 312 e 313, leggi eccez. Maraviglieranno molti nel trovare qui registrato, che il privilegio dei salari delle persone di servizio

sia preferibile al privilegio del Tesoro sulla cauzione data dall'imputato, ai termini dell' art. 23 pr. pen., ed al commessionato sulle mercanzie, non ancora disserrate dalle balle, al locandiere ec. Si potrà dire: come! si è sostenuto con tanto calore, che sia preferibile il creditore pegnoratizio a tutti i privilegi generali dello art. 1970, ed ora si preferiscono questi al credito del vetturale, del locandiere, che è analogo a quello garantito da pegno. Adagio, adagio, non ci confondiamo in questa spinosa materia. Abbiamo sostenuto, e sosteniamo che il pegno vinca ogni privilegio, ad eccezione di quello delle spese giudiziali, che è una vera prededuzione del prezzo, in quanto che esso pegno non è vero privilegio, ed in quanto che ha dalla legge un esplicita preferenza per sola forza di arbitrario volere; ma ora sosteniamo, che i privilegi generali vincono gli speciali, i quali per la maggior parte hanno una fisionomia di pegni, perchè il paragone ed il concorso è tra privilegi e privilegi sulle proprietà di un medesimo debitore. In altri termini: tra i privilegi generali ed il pegno convenzionale noi non veggiamo un rapporto di privilegio, ma bensì di dritto di preferenza in modo, che positivamente vuole la legge, che vada il secondo innanzi ai primi; ma tra i privilegi generali e gli speciali sulla cauzione quale modo di custodia per lo imputato, sulle mercanzie, attrezzi, robe del viandante noi osserviamo un vero rapporto di privilegio, per cui diciamo, che, dove è maggiore, e più nobile la qualità, ivi sia maggiore e superiore il grado. E questo è in quanto al concorso dei privilegi generali dello art. 1970 cogli speciali.

Ma vi ha un altra classe di privilegi generali, che restano vinti dai privilegi speciali. Gli art. 1978 e 1989, fanno entrare innanti i privilegi speciali dello art. 1971 ai generali sui mobili, che gode il tesoro contra il contabile, ed il condannato. E la difesa per costui pure vien pagata prima che il privilegio delle spese giudiziali, erogate per la condanna.

In quanto al concorso dei privilegi speciali tra loro conviene dire, che vi sono disposizioni positive, le quali per alcuni regolano sovranamente il grado di preferenza; e che per altri, tacendo la legge, è uopo dire, che non possa, e non debba guardarsi all' ordine numerico.

Così antepongono, l'art. 123 pr. pen. la parte civile alla ammende sulla cauzione del condannato: gli art. 2103 e 2104 (vedi pure l' art. 15 della legge dei 25 marzo 1817 sulla procedura del contenzioso amministrativo, e l'art. 50 leggi pp.) il dritto alla ristorazione dei danni-interessi dei particolari alla multa nell' interesse del tesoro, per contravvenzioni del conservatore dei privilegi ed ipoteche, sulle cauzioni date; e lo art. 1971, il credito del venditore e delle sementi a quello sul padrone dei fondi rustici od urbani sulla ricolta o sugli obbietti, che istruiscono il

fondo, o che guerniscono la casa, purchè esso locatore abbia conosciuto, che il venditore non sia stato pagato.

Ove si trovi in collisione il privilegio del primo padrone di casa col secondo, la quistione della preferenza sarà risoluta, secondochè quegli ha saputo o no l'uscita dello inquilino dalla casa sua. Nel primo caso è preferibile quello; nel secondo questo padrone nuovo.

L'art. 197 leggi eccez. regola con l'ordine numerico i privilegi, di che discorre — Vedi non pertanto lo articolo 314 delle stesse leggi.

In tutti gli altri parlerà la voce dell'equità; così non sarà mai preferito il locandiere al vetturale, e quegli e questi mai non saranno preferiti al conservatore. Come potrà essere pagato il locandiere, se il vetturale non trasporta sicuramente la roba? Ed in che maniera il vetturale ed il locandiere possono essere soddisfatti, se la cosa prossima ad annientarsi non venga riparata dall'artefice? Per altro non si perda di mira, che la tacita acquiescenza del creditore potrà molto influire, perchè s'intenda abbandonato il suo proprio dritto, od almanco il grado. Perciò si badi molto ai fatti.

Volendo parlare del concorso dei privilegi sugli immobili riflettiamo, che di già siasi potuto comprendere da ciò che insino ad ora si è detto, che, concorrendo i privilegi generali dell'articolo 1970 sugli immobili cogli speciali, per gli art. 1974, 1980 n. 2, 1991 n. 1, siano i primi preferibili ai secondi; che, concorrendo i privilegi speciali dello art. 1972 coi privilegi pure speciali del tesoro, per gli art. 1980 n. 1.; 1984 *ultimo comma*, e 1991 n. 1. siano preferibili quelli a questi; che, non essendovi testo di legge, che fissi l'ordine in altri casi, sia uopo ricorrere alla regola generale della maggiore qualità; per la quale il conservatore architetto entra innanzi al venditore o coerede, per quanto quegli abbia migliorata la cosa.

Per crediti di egual grado vi è concorrenza *pro rata* come è chiaro dall'art. 197 ultimo comma leggi eccez. comb. 1967.

Abbiamo detto, che il privilegio vinca la ipoteca; non è uopo più discutere questo punto. Solo conviene qui risolvere una difficoltà: Se l'ipoteca è vinta dal privilegio, perchè gli art. 1890 n. 3, e 1991 n. 2 e 3 fanno andare le ipoteche legali, esenti dalla inscrizione, ed ogni ipoteca inscritta prima di nascere il privilegio del tesoro, con preferenza sopra di questo? Non si smarrisca la mente del giovane: tutto è qui coordinato, tutto è qui rigorismo di principi, e di logica. Non sarà mai vero, che la ipoteca vinca il privilegio; se i citati articoli fanno andare le indicate ipoteche sopra il privilegio del tesoro, è per l'art. 1976, che sanziona non potere questo pregiudicare a' dritti de' particolari antecedentemente acquistati. Ora inscritta una ipoteca, il dritto già si è acquistato; allorchè il privilegio del tesoro sorge dopo

questa ipoteca inscritta non può salire innanzi; altrimenti pregiudicherebbe ad un dritto di già acquistato. Qui, come ognuno vede, è applicabile la teorica della irretroattività; si immagini per poco, che, sorto il privilegio del tesoro, s' inscriva dopo alla iscrizione della ipoteca, acquistata dopo il privilegio, si crederà forse, che quel privilegio dal tesoro iscritto nel termine legale sia posponibile? In altri termini: il privilegio del tesoro, a' termini dello art. 1980, iscritto nell' ultimo giorno de' due mesi sarà posposto alle ipoteche sorte in questi medesimi due mesi ed inscritte prima? Oibò! il privilegio in questo caso, comecchè inscritto dopo la ipoteca, è sempre preferibile, per la regola generale, che il privilegio vince la ipoteca. Non pregiud cherà le ipoteche inscritte prima che sorgesse, ma vincerà tutte le ipoteche sorte dopo, comecchè inscritte prima, perchè il privilegio prende punto di partenza da una data superiore a quella che segna la inscrizione. Fatta questa importante avvertenza pei Tironi, passiamo alla graduazione della ipoteche.

E qui con una parola ricordiamo, che il grado sia segnato dalla inscrizione, e che di più ipoteche inscritte in un medesimo giorno alcuna non sia preferibile all' altra, come testualmente va rifermato nell' art. 2041.

E poichè per le ipoteche legali esenti dalla iscrizione non vi è privilegio alcuno, come è chiaro dall' art. 1385, ne viene per legittima consegoenza, che esse intendansi inscritte nel medesimo giorno in cui sono nate. Onde l' ipoteca legale della moglie concorre colla convenzionale inscritta nel giorno delle nozze.

Secondo l' art. 2021 l' ipoteca legale dei minori, e degli interdetti risale al giorno, in cui il tutore ha accettata la tutela; per il che dal giorno della morte dell' antecessore, che ha dato luogo all' apertura della tutela, se ha luogo la tutela legittima, da quello dell' apertura del testamento, se si tratta di tutela deferita dal coniuge superstite, e da quello della nomina del consiglio di famiglia, ove abbia luogo la tutela dativa. Beninteso però, che questi tutori negl' indicati giorni abbiano avuto conoscenza della loro chiamata all' esercizio della tutela; altrimenti da quello, in cui ne hanno una valevole cognizione.

Il medesimo art. 2021 enunciativamente indica i diversi gradi, a cui ammonta per i vari crediti la ipoteca legale delle donne maritate. Così, trattandosi di dote costituita prima della celebrazione del matrimonio, di convenzioni matrimoniali, e di beni di ogni specie, che alla moglie fossero appartenenti nella stessa epoca, l' ipoteca nasce col matrimonio. Gli scrittori rumorosamente quistionano se sia il giorno del rogito nuziale, o quello della celebrazione delle nozze, che debbe prendersi in considerazione. Noi fermi sullo articolo 2007, che non accorda ipoteca, che alla *moglie* sopra i beni del *marito*, riteniamo che la ipoteca cominci dalla celebrazione del matrimonio. Vi è *moglie* prima della cele-

brazione? e vi è ipoteca per chi non è *moglie*? Non pertanto, si rivegga ciò che nei precedenti capitoli si è detto pei notai, i quali debbono *di ufficio* inscrivere per le mogli senza tener conto del giorno in cui segue la unione indissolubile degli sposi. Per i dritti successori, dal momento dell' aperta successione, per le donazioni dal momento dell' accettazione, e per le indennità a cagion delle obbligazioni contratte dalla moglie in favore del marito, e pel rinvestimento degli immobili venduti, di cui si suppone che il marito abbia intascato il prezzo, dal giorno delle obbligazioni, e da quello della vendita, vedi art. 2021 n. 2. Argomentando da questo articolo riteniamo, che per la riscossione dei crediti stradotali l' ipoteca decorra dal matrimonio o dal pagamento, secondochè il marito abbia ricevuto il contratto nuziale mandato o no di riscuoterli.

L' ultima parte dell' art. 2021 soggiunge, che in alcuna maniera l'esenzione della inscrizione delle ipoteche legali pei minori, interdetti, e donne maritate non debba pregiudicare ai dritti acquistati innanzi al dì 1. gennaio 1809 pei dominii al di qua, e prima della pubblicazione delle presenti leggi pei dominii al di là del faro. Questa disposizione è tolta di peso dall' art. 2135 fr.; ma nota molto assennatamente il Gigli, nella pag. 474, 3. vol., che per noi sia una servile ripetizione del sistema francese, senza che potesse avere spiegazione alcuna; imperciocchè prima della pubblicazione del codice Napoleone presso di noi mai non sono state le ipoteche legali delle mogli e dei minori sottoposte a quel sistema di pubblicità, come in Francia per la legge degli 11 Brumaio anno VII.

L' ipoteca generale conta, da che è presa, non pure per gli immobili presenti, ma ancora per gli altri che si acquisteranno appresso. Non così è in quanto all'ipoteca dell' art. 2016; a misura che i beni futuri si acquisteranno, verranno sottoposti a differenti iscrizioni dell' ipoteca convenzionale.

Così l' ipoteca sull'altrui proprietà corre non dalla sua costituzione, bensì dal momento della ratifica del proprietario.

È grave poi la quistione di sapere, se la ratifica dell' ipoteca presa dai minori, donne maritate ec. ec. nell' epoca della minorità, o del matrimonio abbia effetto retroattivo.

La difficoltà è sorta dal perchè nell'art. 1292 si trovano scritte queste parole — *senza pregiudizio però del dritto delle terze persone*. Noi seguiamo la opinione di Toullier, Troplong, e Zachariae, abbracciata da Gigli, cioè che abbia effetto retroattivo all' epoca della costituzione. E di vero, se tace la donna maritata, se il minore non parla per dieci anni, da che il matrimonio è sciolto, e la maggiore età è arrivata, l' art. 1258 rende o no valida l' ipoteca per la prescrizione della nullità? chi dice, che non sia valida l' ipoteca in questo caso dall' epoca, in cui fu co-

stituita non debbe essere confutato, ma gli si debbe sottoporre alla chiara vista degli occhi fisici il citato art. 1258.

Ora se per se stessa si convalida l' ipoteca fin dal momento della costituzione, perchè non debb' esser valida per volontà di coloro, che soli possono affacciare la dimanda di nullità. Le ultime parole dell'art. 1292 riflettono le nullità di ordine pubblico, la ratifica sopra cosa, che già è uscita dal dominio del debitore ec. ec. e non la ipoteca in quistione. Quindi si conchiuda, che il creditore ipotecario del minore sia preferibile al creditore ipotecario di esso maggiore sullo stesso fondo, allorchè in beneficio del primo è seguita la ratifica dopo la concessione della ipoteca in favore del secondo.

L' ipoteca per un credito da effettuarsi a volere del debitore, e quella per un credito aperto da un banchiere corre dal mutuo effettivo, comechè la iscrizione fosse seguita prima. Coloro i quali hanno pensato diversamente non si sono fatti accorti avere ammesse le ipoteche prepostere.

A chiudere questa importante materia conviene esaminare il grado, cui rimontano gli interessi dei capitali, e le annualità delle rendite, il concorso di creditori ipotecarii del venditore con i creditori ipotecarii del compratore, e l'altro dei creditori del defunto con quelli dell' erede.

Secondo l' art. 2045 viene prescritto, che il creditore di un capitale produttivo d'interessi sia graduato dalla data della iscrizione, non pure per la sorta principale, ma ancora per tre annati di interessi. Tutte le altre annate, sebbene per i principi sposti, siano pure ipotecate, possono tali reputarsi dirimpetto ai terzi e solo allorchè con iscrizioni separate vengono fatte pubbliche; e saranno soddisfatte col grado, che queste successive inscrizioni segnano, e non con quello additato dalla inscrizione del capitale. Ove affatto non siano inscritte vanno confuse coi crediti chirografarii.

Questa disposizione è dettata dall' idea, che, facendo valere molte annate d'interessi col grado della sorta principale, sarebbe lo stesso, che fare venir meno tutti i vantaggi della pubblicità.

Mille ed intricate quistioni su di questo articolo si sono mosse per sapere quali siano le annate, che si possono contare col grado della sorta principale, quale sia l'annata corrente, e se gli interessi moratorii, cioè quelli dovuti dalla dimanda presentata nella graduazione al verbale di chiusura, si debbano conseguire col grado del credito principale. La Dio mercè noi non abbiamo bisogno di ripeterle, stante che sono state sovranamente risolute dal rescritto dei 18 aprile 1846, di cui un esatto sviluppo si può leggere nella Gazzetta dei Tribunali n. 987 pag. 406 a 408.

Oggi dir dobbiamo, che l'annata corrente, cui sono congiunte le due annate, che immediatamente la precedono, sia quella, nel corso della quale si faccia la dimanda per la collocazione, e che

gli interessi moratorii non siano ipotecati. Ciò è chiaro da molte disposizioni della legge della espropriazione forzata; dal ravvicinamento delle quali « sorgono giganti tre principii ed una conseguenza. I tre principii sono, che i frutti e le mercedi maturate dopo l'aggiudicazione necessaria si appartengono al debitore sino alla chiusura della nota, come sino allo stesso giorno gli si appartengono gli interessi sul prezzo dell'aggiudicazione volontaria; che queste accessioni perchè verificate in pendenza del giudizio di spropriazione vestono tutte la natura immobiliare ipotecariamente divisibile fra i creditori ipotecarii; che la proprietà degli immobili invenduti e del prezzo dei venduti riposa sul capo del debitore sin a che colla chiusura della nota non avvengano o la diffinitiva dazione *in solutum* dei primi, o il pagamento del prezzo dei secondi. La conseguenza comune si è che se, per l'art. 2045 delle *leggi civili*, sulla massa immobiliare del debitore un creditore non può pretendere col grado ipotecario se non le annate degli interessi inscritte distintamente e tre sole di quella non inscitte, l'ammissione degl'interessi così detti moratorii è in aperta contravvenzione della legge ».

Ognuno sa, che per l'attuale sistema legislativo i creditori del venditore possansi inscrivere contra qualunque compratore, che abbia trascritto, fino al quindicesimo dì, a contare dalla trascrizione seguita; ognuno sa parimenti, che, non appena seguita la vendita, la proprietà venduta divenga patrimonio del compratore a segno, che possa ipotecarla, e sia *ipso iure* sottoposta alle ipoteche giudiziali, e legali. Di qui si raccoglie, che possano venire in conflitto le ipoteche dei creditori del venditore inscritte nei 15 giorni colle ipoteche legali, giudiziali sorte, e colle convenzionali inscritte in questo termine, ma qualche giorno prima delle prime. Ora si dimanda: Quale tra le due specie di creditori vince? Troplong e Zachariae danno la preferenza ai creditori del compratore, partendo dall'idea, che tra i creditori sia la inscrizione quella che regola la preferenza. Essi ragionano così: il creditore del compratore ha validamente ricevuta la ipoteca, legalmente si è inscritto, e si è inscritto prima del creditore del venditore, è convenevole dunque che vinca il negligente creditore del venditore.

Noi dichiariamo di aver in tutta la sua comprensione ed estensione capita simile dottrina; ma non ce ne sappiamo persuadere. E di vero subito che l'art. 2076, 2. comma sanziona, che l'immobile passi nella mani dei terzi possessori colla impressione degli stessi privilegi ed ipoteche di cui era gravato; subitochè l'art. 2077 ne permette la inscrizione fino nei 15 giorni dopo la trascrizione; e subitochè l'art. 2071, 2. comma ai creditori del compratore avitto, o che ha abbandonato l'immobile per l'esercizio dell'azione ipotecaria, fà appello dopo gli inscritti contra il precedente proprietario, come voler seguire la dottrina di Zachariae e di Troplong? Dopo l'alienazione non è permessa la ipoteca con-

tra l' acquirente, comechè non abbia trascritto, ed in ciò l' atto sovrano dei 31 gennaio 1843 differisce dalla legge degli 11 Brumaio anno VII, ma la inscrizione della ipoteca costituita innanti all' alienazione non è impedita, anzi è permessa finchè non passino 15 giorni, da che si è trascritto; perciò ha ben conservato il dritto suo quel creditore, che ha inscritto dopo la vendita, così contra l' acquirente, come contra i creditori. È cosa veramente strana dare al creditore del venditore un dritto contra il compratore, che gli si vorrebbe negare contra il costui creditore!!

Ci gode l' animo annunziare, che questa dottrina, che ci pare testuale, venga pure presso di noi professata da Gigli nella pag. 400, 3 vol., il quale segue Dalloz e Persil in controsenso di Troplong.

In quanto al concorso tra i creditori del defunto coi creditori dell' erede conviene innanti tutto per poco ricordare le teoriche della separazione del patrimonio del defunto, che impropriamente vien qualificata per privilegio, come abbiamo fatto manifesto nelle pag. 655 e 656 di questi capitoli.

La scuola e la giureprudenza distinguono due specie di separazione, la individuale, e la collettiva. La prima è quella, che accorda il giudice dietro le condizioni, che nelle note delle citate pagine abbiamo indicato; la seconda si opera per forza dell'inventario, a' termini dell' art. 719. La prima è sottoposta ad inscrizione, a' termini dell' art. 1997, come abbiamo notato nella pag. 772 di questi capitoli. È forte poi la quistione di sapere, se la collettiva sia pure soggetta alla iscrizione: la dottrina del Gigli sposta in più luoghi è plausibile. Dice questo patrio Annotatore di Autore francese, che, l'inventario separando il patrimonio del defunto da quello dell'erede, sia ben sostenuto, che i creditori non abbiano bisogno di reclamare la separazione: ma potendo decadere l' erede beneficiato dal beneficio dell' inventario si troverebbero i creditori, contra loro volere, privi di un dritto pur troppo prezioso. Onde egli ritiene, che non sia debito, ma savia prudenza inscriversi anche nel caso della collettiva separazione.

Gli scrittori stranieri e patrii hanno quistionato pure, se l'art. 1997 abbia modificato l' art. 800, in quanto che non seguita la inscrizione sopra ciascuno immobile della eredità nel termine dei sei mesi, indicati e prescritti, s' intenda perduta la facoltà di chiedere la separazione degli immobili, che non si sono alienati dall' erede. Noi non intendiamo perdere tempo, perchè già siamo al tramonto del nostro lavoro, e non è dato a noi ingrossarlo di più, per non mancare allo scopo prefissoci; perciò ne limitiamo a dire, che non vi sia alcuna anatomia tra l' art. 800 e l' articolo 1997; l' uno parla del dritto, l' altro di una formola a seguire infra un dato tempo. La dimanda può farsi, finchè gl' immobili sono nelle mani dello erede, anche dopo spirati i 6 mesi, purchè sia eseguita la inscrizione; se non che in questo caso la

ipoteca costituita dallo erede in favore di suo creditore è preferibile al creditore del defunto. Ciò è chiaro sol che si faccia un argomento *a contrario* dal 2 comma dello artic. 1997 — Prima che spiri questo termine, non può essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra i beni dagli eredi o rappresentanti del defunto in pregiudizio dei creditori, o legatari. Dunque spirato tal termine si può costituire dallo erede un ipoteca in pregiudizio del creditore del defunto ; ma non è impedito a questo creditore inscriversi e dimandare la separazione in pregiudizio di altri creditori dell' erede. In somma, noi troviamo applicabile al sedicente privilegio della separazione l' art. 1999. Onde diciamo, che presa la inscrizione nel termine dei 6 mesi la preferenza contra i creditori dello erede risale all' apertura della successione, qualunque sia il tempo in cui si faccia la dimanda purchè segua prima che lo erede alieni gl' immobili ; presa la inscrizione dopo i sei mesi si vanta la preferenza in ragioni della data , che questa segna.

Il Gigli nella sua succosa nota nella pag. 81, vol. 2, dice, che in caso di alienazione dell' immobile nei 6 mesi sia obbligato il creditore ereditario inscrivere nei 15 giorni. Con profondo rispetto mi fò lecito dimandare al mio maestro : e perchè? forse, perchè ogni privilegio a' termini dello art. 2077 comb. 917 proc. civ. è sottoposto ad inscriversi nei 15 giorni contra il compratore? Ma ciò non può da lui dirsi, perchè pensa come noi nella pag. 439 n. VI contra di questo sedicente privilegio. No : si dica pure francamente : il creditore ereditario non debbe inscrivere nei 15 giorni, perchè egli non può perseguitare l' immobile alienato contra i terzi possessori di buona fede ; l' art. 809 toglie l' esercizio della separazione, sol che gl' immobili siansi alienati , comecchè siansi alienati nel termine di 6 mesi ; contra il terzo possessore non si può reclamare altro che il prezzo, il quale tien luogo della cosa, essendo la separazione un azione universale.

Spiegate queste teoriche chiaramente, e ricordando l' altra, che la separazione non alteri la indole e posizione dei creditori del defunto, avendo effetto solo in quanto al concorso di loro con quelli dell' erede , discendiamo a parlare di questo concorso. E diciamo, che nella individuale separazione quel creditore chirografario, che l' ha chiesta, sia preferibile su' beni dell' eredità a qualunque creditore ipotecario o privilegiato dell' erede. Ma nel tempo stesso, questi è preferibile a quel creditore ereditario privilegiato , che abbia un privilegio men nobile, e che non ha curato di domandare la separazione de' due patrimoni. Ora si domanda : se, perchè questa non altera la situazione dei creditori ereditari tra loro, il creditore chirografario è vinto dal privilegiato, come si irsolve il nodo, consistente in vedere, che il creditore chirografario ereditario vinto dal privilegiato pure ereditario , vinca il privilegiato dell' erede? qui si ricorda in acconcio il celebre frammento 16 di Paolo, posto nel tit. IV del lib. XX del Dig., che fa met-

tere paura ad ognuno che lo legge, mentre è chiaro più che la luce del giorno. Non si spaventi alcuno; ecco la regola: Si divida la successione tra il creditore chirografario ed il privilegiato del defunto, senza pensare alla separazione; dopo, il creditore privilegiato ereditario posi quello che ha raggiunto in beneficio del privilegiato più nobile dell' erede. Ben si vede in ciò, che il creditore dell' erede non raggiunga in pregiudizio del creditore ereditario chirografario somma alcuna, poichè egli prende quello che *de iure* ha conseguito il creditore privilegiato del defunto; di tal che se questi abbia un credito tenue, che non impedisca al chirografario di raggiungere il suo, il creditore dell' erede privilegiato preso che ha questo tenue credito va a spasso, senza potere invocare la massima *si vinco vincentem te et multo magis vinco te*.

Di qui chiaro si apprende, che nella eredità di 10000 ducati, concorrendo quali ereditari creditori A, chirografario di 9000, e B privilegiato di 1000, insieme con C più nobile privilegiato creditore dell' erede per 4000, questi, ricevuti i 1000 ducati, che avrebbe dritto di ricevere B, perde gli altri 3000 ducati, senza pregiudicare A. Ma se la eredità fosse di 9000, ed A fosse privilegiato di 9000, B chirografario di 1000, e C più nobile di 4000, in questo caso (supponendosi sempre che il chirografario creditore ereditario, e non il privilegiato, abbia chiesta la separazione) C prenderebbe tutti i suoi 4000 da' 9000 assorbiti da A, e B resterebbe colle mani vuote.

Così e non altrimenti regolare si debbe il concorso tra il creditore posteriore al radiante di grado, ma anteriore alla radiazione, ed il creditore, che riceve la ipoteca dopo la radiazione. Si vede bene, che quest' ultimo sia preferibile al creditore radiante senza potere vincere i creditori posteriori ad esso radiante ed a lui anteriori.

Nel concorso tra creditori cessionari e cedenti la distribuzione si fa in proporzione dei loro dritti; ma ove quello è tra creditori surroganti e creditori surrogati lo art. 1205 chiaramente dà ad intendere, che prima debbano essere soddisfatti quelli del residuo, e poi vengono pagati questi. Perciò l' art. 1972 n. 2 e 5 si riduce a tre privilegi nel senso, che il surrogato mutuante si ponga nel posto del venditore o dell' architetto; ma, ove il venditore abbia ricevuto parte del prezzo, è chiaro, che su quello dello immobile si toglie prima quanto è necessario per soddisfare al venditore medesimo, e poi quel che resta si passa al creditore mutuante. Di qui scende, che de' 5000 ducati prezzo del fondo venduto, 300 debbansi dare al venditore, cui il surrogato ha dato 3000, a conto dei 6000, che doveva ricevere, e 2000 si riceva esso surrogato. Ed ecco come perda costui, e non il venditore i 1000 ducati. Tutt' altro sarebbe per cessione. Ciò solo basterebbe per vedere quanta differenza interceda tra la cessione e

la surrogazione!! Si noti per altro, che, ove il mutuante abbia impiegato il danaro mutuato per estinguere debiti ipotecari e privilegiati del venditore, e siasi fatto surrogare nelle ragioni di quelli, è preferibile a questo per virtù della surrogazione.

4. Chiaro scende qualunque quadro esemplificativo di più creditori dietro le espresse teoriche. E di vero, suppongasi il concorso tra più creditori privilegiati sui mobili del debitore, si avrà la seguente scala:

1. Creditore delle spese giudiziali, che siansi fatte pel vantaggio di tutti.

2. Tesoro per le contribuzioni dirette, in quanto alle ricolte e frutti.

3. Creditore pegnoratizio per pegno convenzionale sul prezzo della cosa pignorata.

4. Crediti privilegiati dello articolo 1970 sopra tutti i mobili.

5. Conservatore della cosa mobiliare sul prezzo di questo.

6. Crediti dello art. 197 leg. eccez. in quanto a' legni.

7. Venditore, purchè sia stato sollecito avvertire il locatore, il locandiere ec. sul prezzo delle cose che guarniscono la casa, o che si sono immesse nella locanda.

8. Il locatore primo, se all' insaputa sua si è mutata casa, lasciato il fondo, sul prezzo de' medesimi mobili, che guarniscono la casa, od istruiscono il fondo.

9. La difesa personale del condannato.

10. Il tesoro per gli altri privilegi, meno per quello sulla cauzione data in iscrizioni sul gran libro. Per questo va innanzi a tutti.

Se poi il concorso avviene sugl' immobili, l' ordine è il seguente:

1. Spese giudiziali.

2. Privilegi dello art. 1970. Questi non possono essere respinti, sol perchè debbono prima presentarsi sul mobiliare, e poi in *subsidium* sull' immobiliare. Al più possono essere su di questo graduati con condizione, che ove siano compiutamente pagati su quello, non possano ritenere somme dal prezzo degli immobili riscosse.

3. Architetto, muratore, per quanto si è aumentato il valore dell' immobile; od il mutuante in loro vece. Qui per altro non si perda di mira l' art. 1996.

4. Venditore, coerede, o mutuante in vece di quello, compiutamente soddisfatto.

5. Tesoro.

6. Ipoteche secondo l' ordine delle iscrizioni, o secondo l' ordine delle date, cui rimontano i dritti garantiti dalle ipoteche occulte ec.

Noi non abbiamo avuto con questo quadro altro intendimento, che quello di spianare la strada in mezzo a' vari crediti. Mille

possono essere le circostanze di fatto, che possano alterarlo; perciò si ritengano i principî, e non si sfidi molto alcuno inavvedutamente sulle graduatorie degli scrittori.

Cap. — 16 Del dritto di seguito, e delle eccezioni, che può opporre il terzo possessore.

1. L'ipoteca non toglie il possesso, nè la proprietà al debitore ipotecario; il quale perciò può fittare, vendere, imporre servitù, donare, ec. Solo è da porre mente, che non possa negli atti di disposizioni usare in modo, che metta in pericolo l'efficacia del dritto ipotecario. È perciò, che nel taglio dei boschi, nel deprezzamento del fondo, e nell'alienazione di questo a più diversi proprietarii possa essere obbligato al rimborso in favore del creditore, in forza dell'art. 1141, con che si dispone, che il debito divenga esigibile prima del termine fissato, ove manchino le cautele per colpa del debitore. L'alienazione del fondo ipotecato a più persone dà luogo, il ripetiamo, a questo articolo, perchè ferisce la indivisibilità nei visceri, per essere obbligato il creditore a spiegare azioni contra più individui, i quali, esercitando *il beneficio di purga*, gli snervano il maggiore effetto dell'ipoteca.

Molti Scrittori qui non si arrestano nel ragionare degli effetti di questo dritto in rapporto a colui, che ha costituito l'ipoteca, procedono più oltre. E parlano del divieto di alienare, costituire servitù, e dare in fitto; dell'immobilizzazione dei frutti, mercedi, fitti, dopo la denunzia del pegnoramento; e della sorte delle locazioni e servitù, costituite dopo la ipoteca, ec. ec. ec. Noi abbiamo creduto, che ciò sia cantare fuori coro; imperciocchè tutte queste gravi ed importanti teoriche si rannodano più da vicino alla legge della espropriazione forzata, che al sistema ipotecario. E di vero, non essendo immediato effetto dell'ipoteca la paralisi del dritto sull'immobile pegnorato in quanto al debitore, ma della denunzia di un pegnoramento, che può seguire in forza di un titolo esecutivo, il quale ipoteca non contenga, è cosa giusta, che a non uscire dai limiti, che la materia ci segna, non se ne discorra. Non perdiamo di mira, che oggi qualunque sia l'atto autentico, comechè esecutivo, (purchè non sia una sentenza) non generi mai un'ipoteca, ove patteggiata espressamente non sia!!

Adunque, lasciando ogni estranea dottrina, che non sia immediata conseguenza dell'ipoteca, veniamo a ragionare dell'azione ipotecaria, che è l'effetto necessario della stessa.

2. E qui conviene distinguere *azione personale ipotecaria*, *ed azione* meramente detta *ipotecaria*. La prima, detta dal dritto romano *azione quasi serviana*, è indiritta contra colui, che ad un tempo è obbligato al debito, ed alla ipoteca, p. e. l'erede; la seconda poi è indiritta contra colui, che in alcuna maniera non è tenuto al pagamento del debito, ed il cui obbligo nasce dal

semplice e nudo fatto del possesso. Grande è la differenza degli effetti dell' una e dell' altra azione. Per la prima il gravato non può opporre eccezione alcuna al creditore; deve pagare tutto il debito, e chiacchiere non può profferire — *Gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari, personalmente a misura della loro parte e porzione , ed ipotecariamente per l' intero* , dice l' art. 794. Sola la surrogazione parziale, o per meglio dire divisa (art. 795) è data all' erede, che paga oltre la sua porzione , ma non gli è dato scuotere il peso, che lo aggrava e lo stringe a pagar tutto. E si noti di passaggio, che , a spiegare tale azione, non sia necessaria nè pure la inscrizione , imperciocchè questa riguarda i terzi, e l' erede non è un terzo. Per l' opposto, in forza della seconda, il terzo possessore è nella facoltà di pagare, ove non voglia abbandonare il fondo, e nell' obligo di rilasciarlo , ove non voglia pagare. Sicchè il terzo detentore è sottoposto ad una facoltativa, e non ad un' alternativa obbligazione, come per errore di compilazione dà ad intendere l' art. 2061, energicamente censurato da Troplong. È importante rilevare quest' errore , perchè dallo stesso potrebbe conchiudersi, che, se cada la casa , su cui è sovrapposta l' ipoteca, il terzo possessore non obbligato personalmente debba sempre pagare ; mentre , essendo obbligato con obbligazione facoltativa, in questa ipotesi non è costretto al prezzo, essendochè è mancata la cosa, che formava l' obbietto del debito suo principale. Possono i creditori ipotecarii obbligare il terzo possessore al pagamento del prezzo, e rifiutare l'abbandono del caso, in cui non siasi pagato al venditore debitore, ma ciò è in forza della surrogazione giudiziale , di che si discorre nell' art. 1119, non mica in virtù dell' azione ipotecaria.

Oltracciò è questo terzo possessore nel dritto di opporre alcune eccezioni, e massime il *beneficio di purga*, che all'azione personale ipotecaria non si possono opporre.

Ma così l' una come l' altra producono l'indivisibilità del pagamento per rapporto al credito, e per riguardo al fondo.

Diciamo di questa, che è comune a tutte e due, e poi più particolarmente diremo della mera azione ipotecaria.

L ipoteca . . . è di sua natura indivisibile ; e sussiste per intero sopra tutti gli immobili che si sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi. Questa indivisibilità non è essenziale e naturale, come quella della servitù ; essa è meramente legale, cioè posta dalla legge *ne dividatur vigor et vinculum pignoris debito principali diviso*. La divisibilità dell' ipoteca legale, che Giustiniano stabilì per i legatarii , toglie tutte le difficoltà su questo punto. Da ciò chiaramente si apprende, che possa convenirsi tra le parti, che, a seconda del pagamento, venga ridotta l'ipoteca estesa sopra uno o più fondi. Dicesi questa indivisibilità passiva ed attiva nel senso, che l' erede del debitore o chiunque possessore dell' immobile debba pagare tutto il credito

qualechessia la parte della cosa ipotecata, e l'erede del creditore abbia il dritto di espropriare tutto il fondo per qualechessia parte del credito, che è garantito da ipoteca. Ciò è quanto a dire, che l'ipoteca sia indivisibile in quanto all'immobile ed in riguardo al credito.

L'indivisibilità in quanto alla cosa opera tale un'effetto, che ad arbitrio del creditore, il quale oltre un'ipoteca generale, anteriore alle altrui speciali, abbia pure ipoteche speciali a queste posteriori, possa la suddetta ipoteca generale esercitarsi in modo che alcuna di queste ultime sue non si perda; e ciò col pregiudizio delle più antiche dei terzi. Così, A possiede un'ipoteca generale sopra tutti i fondi di C per mille docati; poi possiede sopra uno di questi fondi un'ipoteca speciale, posteriore a quella di un'altro creditore, per ottocento docati; esso A accorto, per l'ipoteca generale espropria questo fondo, e non altri per concorrere con i varii creditori sulle diverse proprietà del medesimo debitore. Altrimenti, egli, pagato dei mille docati sopra altro fondo, non avrebbe che pretendere sul fondo gravato dell'ipoteca speciale, per essere vinta questa dall'altro creditore. Per lo stesso principio il creditore d'ipoteca generale, superiore alle speciali di diversi creditori con date differenti, può fare in modo, che a suo capriccio venga pagato l'ultimo in preferenza del primo. E di vero, A possessore di ipoteca generale, espropriando l'immobile del debitore in pregiudizio dell'ipoteca speciale costituitavi nel 1840 a favore di B, fà salvo il credito di C che nel 1856 ha acquistato un'ipoteca speciale su di un'altro immobile dello stesso debitore.

Altro rimedio non vi è per i creditori d'ipoteche speciali che pagare quello d'ipoteche generali, e godere in questo modo della surrogazione legale. Così, ove a Sempronio creditore con ipoteca generale anteriore alla mia speciale io pago, mi è lecito esercitare l'ipoteca generale di lui su quegl'immobili diversi da quello, su cui è posta la mia ipoteca speciale; ed in tal modo io farò salva questa, che perduta in opposto caso, sarei costretto concorrere con i creditori chirografarii. Però; la surrogazione, di che stiamo discorrendo, non può giovarmi a segno, che io mi metta innanti alle ipoteche speciali su di altri immobili di data anteriore alla mia. Onde io, che ho pagato a Sempronio, non potrei farmi collocare sulla casa ipotecata a Mevio nel 1835, per salvarmi l'immobile ipotecata nel 1840. È vero, che la surrogazione sostituisce il creditore surrogato al creditore surrogante, ma non in pregiudizio dei terzi: la surrogazione è modo di estinguere l'altrui obbligazione, non mezzo di guadagnare e di speculare, persuadiamocene. Può Sempronio fare in modo che l'ipoteca sulla casa, costituita nel 1828, si dilegui, come nebbia al vento, e resti salva la mia sull'immobile, concessami nel 1840, perchè ne ha il dritto; ma non posso farlo io, che pago per evitare un danno, e non per procacciarmi un'utile. La surrogazione, massime la legale, è posta per soccorrere a coloro,

i quali sono necessitati di pagare ad un creditore; quindi evitato il danno non si può nient' altro reclamare. È pur troppo bastante, che con questa surrogazione il creditore ipotecario non divenga chirografario; che altro va cercando? egli ha dritto ad essere preferito ai chirografari per l'ipoteca ottenuta, non mai ad altri posti innanti a se.

Si noti per altro, che in giudizio di espropriazione il giudice collocatore dovrà fare in modo, che le ipoteche speciali vengano pagate con ordine di data dopo la soddisfazione della generale; ben inteso però, che tal modo non meni a decadenza qualche ipoteca speciale dello stesso creditore, che vanta la generale. In simil caso è pur dato a costui di farsi collocare per l'ipoteca generale su quell'immobile ipotecato ad altri, e non a lui, affinchè possa bene pretendere l'uno e l'altro credito.

Venendo adesso all'azione ipotecaria propriamente detta, riflettiamo, che il suo scopo immediato è quello di perseguitare l'immobile in mano dei terzi per procurarne la vendita: *l'ipoteca... è inerente ai beni, ancorchè passino in altre mani*. Onde se quelli non paghino, per la indivisibilità suddetta, tutt'i crediti con tutti gli interessi, e spese del giudizio, dispone l'art. 2063, che dopo trenta giorni a contare o dal precetto di pagamento fatto al debitore, o dalla intimazione del *paga* o *rilascia*, secondochè quello o questa è l'ultimo atto, possa esporsi a vendita il fondo ipotecato.

Dal momento della intimazione s'intende cominciato l'esercizio del dritto ipotecario, e perciò a'termini dell'art. 2070 i frutti dell'immobile s'intendono immobilizzati, purchè l'intimazione non si perima col semplice spirare di tre anni, senza bisogno di dichiarazione di perenzione. Non volendo subire personalmente la espropriazione forzata, può il terzo possessore procedere all'abbandono dell'immobile, ad onta della ricognizione del debito e della condanna in qualità di terzo possessore, che non ingenerano affatto obbligo personale. Solo è da sapere, che, sebbene questo abbandono non tolga il drittto di proprietà all'acquirente così che insino all'aggiudicazione possa riprenderlo, purchè paghi fino all'ultimo obolo crediti, interessi, e spese, per eseguirsi debba concorrere in chi vi procede la capacità giuridica di alienare. E di fatti è sempre un'alienazione, che si compie. Onde il minore, la donna maritata, il prodigo non possono operarlo, che coll'adempimento di tutte quelle prescrizioni, imposte per l'alienazione dei loro immobili, vedi art. 2066 e 2067. E procedendovi è uopo, che si faccia nella cancelleria del tribunale civile, ove è sito l'abbandonato fondo, affinchè a cura di uno degli interessati si nominasse dal medesimo tribunale un curatore, in contraddizione del quale si deverrà alla espropriazione forzata; vedi art. 2068.

Compiuta la quale si operano i seguenti effetti: 1. il terzo possessore ha dritto alla rivalsa delle spese fatte sul fondo, *quatenus res pretiosior facta est*, anche quando siano state di conservazione

(vedi art. 2069, che non distingue, ed arg. *a contrario* dagli art. 780, 786 e 1519); ed è sottoposto all' obbligo di riparare tutte le deteriorazioni, che abbia cagionato col suo fatto, ad onta della massima—*Qui rem quasi suam neglexerit nulli culpae subiectus est*; imperciocchè la conoscenza della preesistente ipoteca doveva avvertirlo della risolubilità del suo dritto, almanco per suo volere.

2. Rinascono le servitù attive e passive, ed ogni altro dritto in favore e contra il terzo possessore, perchè *ablato dominio pristina iura redintegrantur*, e perchè *ius suum pignoris cum praelatione ita reviviscit quasi nulla pignoris emptio intervenisset*. Ma poichè la proprietà s'intende perduta solo in beneficio dei creditori dell'alienante, e non assolutamente, le ipoteche dei creditori dell'acquirente non svaniscono; qui si tratta di una risoluzione *ex nunc*, e non già *ex tunc*, vedi art. 2071. 3. l'evitto compratore ha dritto ad una garantigia a' termini dell' art. 2072.

3. Il terzo possessore può opporre al creditore ipotecario varie eccezioni. Parliamone partitamente.

Innanzi tutto, per l'art. 2061, può opporre il termine e le dilazioni accordate al debitore originario; ma non può opporre quelle concesse a se, perchè la convenzione seguita tra esso e l'autor suo non ha efficacia dirimpetto ai creditori.

In secondo luogo l'art. 2064, il quale prende punto di partenza dalla Novella IV, permette, che *a limine a litis* il terzo possessore di immobili sottoposti ad ipoteca legale o giudiziale, non divenute speciali per mezzo della riduzione, opponesse al suddetto creditore ipotecario il beneficio di escussione, perchè si rivolgesse prima sopra gli altri immobili del debitore, pure ipotecati in suo beneficio, e non alienati, o sopra quelli, che il fideiussore od un terzo pur sottopose ad ipoteca, e poi spiegasse contra di lui giudizio per conseguire tutto il credito suo. Di qui chiaro si apprende, che se gli immobili, posseduti dal debitore non gli sieno ipotecati, non possa essere costretto ad escuterli, perchè non eviterebbe il concorso dei creditori chirografari; e, se gli ipotecati siensi dal debitore alienati, pure non può essere respinto, perchè altrimenti sarebbe costretto a fare tanti giudizî quanti sono i terzi possessori col pericolo dell'eccezione del beneficio di purga. L'art. 2065 poi nega questa escussione al terzo possessore di beni sottoposti ad ogni sorta di privilegi, e ad ipoteche convenzionali, comechè sieno quelle dell'art. 2016, avendo la convenzione forza di legge tra le parti. L' art. 2065 ha sciolto un' imbarazzante quistione della vecchia scuola nel senso di Accursio.

In terzo luogo quel creditore, che è obbligato personalmente a garantire il pacifico possesso del fondo al terzo detentore, può essere respinto da costui, perchè *quem de evictione tenet actio*, *eumdem repellit exceptio*.

In quarto luogo si può dal terzo detentore esercitare l' eccezione *cedendarum actionum* nel senso, che il venditore con un suo

fatto abbia impedita la surrogazione legale in beneficio di quello, vedi art. 1909, *repellitur exceptione quatenus nocuit reo, dum acto suo non potest ei cedere actiones quas cedere debebat.* Il perchè quel creditore ipotecario che, dopo l'alienazione di un fondo ipotecato al suo credito, in favore di un terzo, acquisti gli altri pure sottoposti alla sua ipoteca, è respinto con questa eccezione.

Finalmente può prevenirsi od arrestarsi l'esercizio dell'azione ipotecaria, per virtù del beneficio di purga, di che vengo con piacere a far parola, perchè è un ritrovato lodevolissimo dell'antica legge francese, con che si franca la proprietà dai legami.

» La facoltà di purgare è un benefizio accordato al terzo acqui-
» rente di un immobile gravato di privilegi o di ipoteche suscet-
» tivi di essere esercitati contra di lui.

» La purgazione ha per oggetto l'arrestare, nell'interesse del
» terzo acquirente, le procedure, che potrebbero esser dirette con-
» tro di lui in virtù del dritto di perseguitazione, e di menare
» alla liberazione dell'immobile gravato, sia per mezzo del ver-
» samento del prezzo di tale immobile nelle mani dei creditori pri-
» vilegiati od ipotecarii in grado di riceverlo, sia pel solo effetto
» della mancanza di iscrizione nell'ipotesi preveduta dagli art.
» 2094 e 2096. Essa non influisce punto sulla posizione dei cre-
» ditori tra loro, e sul dritto di preferenza ond'essi godono gli
» uni riguardo agli altri. »

Da queste sublimi parole del Zachariae (§ 293 *bis*) si apprende chiaramente, che il beneficio di purga non si possa sperimentare che da coloro, i quali non sono obbligati personalmente, o non vi hanno rinunziato. Onde i donatarii, i legatarii particolari, i compratori e fino gli eredi, che abbiano pagata la loro porzione del debito ereditario, possono tendere a liberare gli immobili, che posseggono, dai privilegi ed ipoteche, purchè adempiano alle condizioni, di cui qui sotto verrà fatta parola.

Queste condizioni variano, secondochè si tratta di privilegi od ipoteche inscritte, o di ipoteche esenti dalla inscrizione. Noi diremo prima di quelle, a cui si riferisce il capo VIII del titolo dei privilegi e delle ipoteche; e poi discenderemo a ragionare dei mezzi onde si purgano gl'immobili dalle ipoteche occulte, e delle quali si occupa il cap. IX dello stesso titolo. Per ora ne conviene avvertire, che, se le ipoteche dei minori, degli interdetti, e delle donne maritate si trovino inscritte, vadano sottoposte agli art. 2075 a 2092, e non alle speciali degli art. 2093 a 2096, il che si fa chiaro, sol che si legga la epigrafa del suddetto capo IX, e combini all'art. 2094.

Venendo ora a parlare in generale delle formole, che debbono eseguirsi per il presente beneficio, diciamo innanzi tutto, l'aggiudicatario dietro pegnoramento, ed anche l'aggiudicatario dopo giudizio di purga non siano costretti di arrestare l'azione ipotecaria

con questa eccezione. E di vero il primo è protetto dagli art. 29 e 72 L. 29 dicembre 1828, con che vien fatto sicuro, che l'immobile suo venga dichiarato libero, fino delle ipoteche occulte; ed il secondo a che trascriverebbe? In questo caso che si purgherebbe? Ogni argomento in contrario tolto di peso dall'art. 2088 è mostrare d'ignorare la ragione dell'esistenza di questo articolo. Esso fu redatto per timore dell'art. 22 della L. degli 11 brumaio anno VII, che esigeva la trascrizione per operare il passaggio della proprietà. Ma ove si tratti di vendita *sub hasta* dei beni della moglie maritata, e dei minori, la trascrizione è indispensabile, ed il beneficio di purga è necessario, perchè è vera vendita volontaria con l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Primo ed essenziale requisito per l'esercizio della facoltà di purgare è la trascrizione, che consiste nella copia letterale ed intiera, supra di un registro pubblico tenuto dal conservatore delle ipoteche, dell'atto contenente trasmissione d'immobili, o di dritti reali immobiliari suscettivi di affezione ipotecaria (1). Poichè a questa si è adempiuto, conviene procedere, al più tardi, nel termine di trenta giorni (locuzione più propria di quella del mese, vedi art. 2063) a contare dal primo *paga* o *rilascia*, che uno dei creditori primo avesse intimato al terzo possessore, alla notificazione delle scritture indicate dall'art. 2082 (2) ai creditori inscritti, prima della trascrizione, e non a quelli inscritti dopo (art. 918 pr. civ.) nel domicilio eletto o reale con atto di uscire apposito e contenente costituzione di patrocinatore a pena di nullità, art. 915 pr. civ. Da ciò chiaro scende, che qualunque altro precetto intimato al terzo possessore non lo costituisca in mora: e che quel-

(1) Noi non diciamo ulteriori dottrine su questa trascrizione, per non uscire dall'ordine logico. E di vero, dovremmo parlarne sotto il rapporto dell'influenza che essa spiega nella trasmissione dei dritti, argomento che meglio tratteremo nelle lezioni elementari. Intanto le notizie, che ne abbiamo dato nelle pag. 769 e 770 di questi capitoli pure sono bastanti per far capire il vario cammino che ha percorso.

Ed allorquando ne diremo di proposito, svilupperemmo gli art. 2076 a 2081 dei quali i 2077 a 2081 non sono nel cod. fr.

(2) Art. 2082. Se il padrone voglia garentirsi dagli effetti delle azioni autorizzate nel capitolo VI del presente titolo, è tenuto, sia prima promuoversi l'istanza, sia dentro un mese al più tardi da computarsi dalla prima intimazione fattagli, di notificare ai creditori nel domicilio da essi eletto nelle loro inserizioni, 1. l'estratto del suo titolo, contenente soltanto la data e la qualità dell'atto, il nome, e la indicazione precisa del venditore e del donante, la natura e la situazione della cosa venduta o donata; e se si tratta di un corpo di beni, la sola denominazione generale della tenuta e dei distretti nei quali si trova situata, il prezzo ed i pesi che fan parte del prezzo della vendita, o la stima della cosa, se questa sia stata donata;

2. L'estratto della trascrizione dell'atto di vendita;

3. Un quadro in tre colonne, la prima delle quali conterrà la data delle ipoteche e quella delle iscrizioni; la seconda il nome dei creditori; la terza, la somma dei crediti iscritti.

lo del *paga* o *rilascia* del primo *creditore* ponga costui in mora in faccia a tutti.

Lo scopo di quelle scritture tende a dare ai creditori aventi privilegi ed ipoteche la conoscenza più esatta del fondo, del prezzo, e degli aggravi, affinchè più avvedutamente potessero decidersi, se loro convenga esercitare la facoltà di sovraimporre.

Nella notificazione delle medesime scritture l'acquirente deve dichiare di essere pronto a pagare tutti i pesi e debiti, fino alla concorrenza del prezzo, senza distinzione di quelli scaduti e quindi esigibili, e di quelli che non lo fossero ancora. L' art. 2083, che tanto dispone, contiene un precetto più lodevole, secondo Troplong, che non la legge degli 11 brumaio anno VII, la quale poneva questa distinzione; ma secondo i moderni critici era più equa e giusta questa legge. Tale dichiarazione, comecchè unilaterale, è irretrattabile.

Se nell' atto notificato siano incorse nullità, le quali fanno mancare a' creditori la notizia legale di ciò, che conteneva, si pronunzia la nullità dell' atto medesimo; e, se è spirato il termine de' 30 giorni, si è decaduto dal beneficio di purga.

I creditori, i quali non sieno contenti del prezzo offerto, e credano, o sperino, che nel calore dell' asta possa conseguirsene uno maggiore, hanno il dritto all' incanto. Il quale si può esercitare da quelli soli, che sieno inscritti al più tardi ne' 15 giorni, a contare dalla trascrizione. Perciò restano decaduti dal medesimo i creditori non inscritti in questo termine, e quelli omessi nel certificato d' inscrisione, ed i quali non sieno stati solleciti notificare la loro inscrizione all' acquirente. Le sole ipoteche occulte, perchè non obbligate ad inscriversi nel termine degl' indicati 15 giorni, possono anche dopo esercitarlo. Si abbia qui innanti agli occhi l' articolo nuovo 2091 per la purga dell' ipoteca legale del tesoro.

Essendochè il dritto all' incanto porta seco l' obbligo di sostenere, fino a che altri non divenga aggiudicatario, l' esito della vendita, il sovraimponente debb' essere capace; onde il minore e la donna maritata non varrebbero ad esercitarlo.

L' artic. 2084 comb. 915 e 916 pr. civ. chiaramente pone il termine, in cui si debbe chiedere questo incanto, e le condizioni, che debbono accompagnarlo. Si noti in quanto al termine, che, pe' creditori iscritti nei 15 giorni dopo la trascrizione, incominci a correre dall' ultima notificazione fatta al creditore inscritto prima della trascrizione; e in quanto alla cauzione, che debbe offrire il creditore sovraimponente, sia sufficiente non pure per la sorta principale, interessi, e spese, ma ancora per la offerta maggiore del decimo; e debba essere tale, che non presenti difficoltà. Un pegno mobiliare sarebbe più che bastante. I critici attuali trovano troppo gravosa questa cauzione.

Ove le condizioni prescritte per questo incanto vengano viola-

tale, vi è pena di nullità, e quindi si decade dalla sovraimposizione; ove spirato sia il termine, e secondo lo art. 2085, il prezzo dichiarato resta inalterabile mezzo, perchè datosi a' creditori si trovi purgato l' immobile. Ciò per altro non toglie a quelli lo esercizio di altre azioni, e massime la Pauliana, ove siavi luogo.

Essendo poi fatta validamente, è produttiva di effetti per ciascuno creditore, così l' offerente non vale a desistere, anche che voglia pagare tutta la somma offerta, senza consenso degli altri concreditori; e per la stessa ragione l' acquirente, offrendo a quello il pagamento del credito suo, non potrebbe evitare il giudizio.

Può procedersi alla rivendita tanto da' creditori utilmente inscritti, quanto dall' acquirente.

E le formole a seguire sono quelle della espropriazione forzata, a partire dall' apposizione degli affissi inclusivamente. L' atto di vendita è l' originale dell' incanto, ed il prezzo dichiarato colla aggiunzione dell' offerta maggiore del decimo stà in luogo della prima oblazione all' asta, vedi art. 2086 e 919 a 921 pr. civ.

Infino a che la rivendita non segua, la proprietà è sul capo dell' acquirente, di tal che, se perisca il fondo, si perda carico di lui; ed ove gli venga talento arrestare il corso del giudizio ne ha il dritto, purchè soddisfaccia a tutti i creditori inscritti.

Seguita poi l' aggiudicazione, per conoscerne gli effetti è uopo distinguere se l' acquirente, od un estraneo divenga aggiudicatario. Nel primo caso vi è vera consolidazione di proprietà, e quindi non vi è luogo a trascrizione della sentenza di aggiudicazione, come chiaramente dica l' art. 2088. Ed avrà l' aggiudicatario l' azione di garantia contro il venditore, per l' eccesso, che ha pagato, e per gl' interessi di questo dal giorno di ciascun pagamento a' termini dell' art. 2090. Finalmente se il prezzo di aggiudicazione superi l' ammontare de' crediti, egli è nel dritto di ritenersi l' eccedenza, sì perchè non vi hanno dritto i creditori chirografarii, e sì perchè l' acquirente mai non ha cessato di essere proprietario del fondo. Nel secondo caso l' aggiudicatario estraneo acquista dall' aggiudicazione la proprietà, non per tanto, non debbesi credere, che sia sottoposta l' aggiudicazione alla trascrizione, qualche argomento *a contrario*, che si volesse dedurre dall' art. 2088, sarebbe troppo fallace e riprovevole. A che questa trascrizione? Tutto è compiuto.

Ed è compiuto così che non si dà luogo nè pure alla sovraimposizione del sesto, di che parla l' art. 55 della legge dei 29 decembre 1828, contra l' aggiudicatario per espropriazione forzata. Sole le ipoteche legali esenti da inscrizione non fanno stare quieta e libera la proprietà aggiudicata; perchè l' art. 29 di questa citata legge è riferibile alla sola aggiudicazione forsata.

Perchè la vendita, di che stiamo parlando, ha risoluto il dritto

del primo acquirente, si dà luogo alla massima *resoluto (ex tunc) iure dantis*, *resolvitur ius accipientis*, e quindi alla rinascita della ipoteche e della servitù attive e passive, alla rivalsa dei danni-interessi per le deteriorazioni, fatte per colpa di esso acquirente, alla garantia per la restituzione del prezzo, alla indennizzazione per le spese di conservazione e per le migliorie. Oltracciò, l'art. 2087 obbliga l' aggiudicatario, oltre il prezzo di rivalere all' acquirente primo delle spese di stipulazione, di trascrizione su' registri di conservazione, di notificazione e di quelle fatte per ottenere la nuova vendita.

Non valgono tutte le forme eseguite ai termini degli art. 2075 a 2092 (1) per vedersi libero l' immobile: mentre tu credi, che la pubblicità, preparata per mezzo della trascrizione ti faccia sicuro, colpo fatale ti viene minacciato da creditori occulti, e nascosti. Non sempre è sicura la via anche in ora di splendido sole!!

Perchè in ogni modo l' uomo fosse sicuro da privilegio, e da ipoteche di ogni sorta, debbe procedere così all'adempimento delle regole generali, rifermate negl' indicati art. 2075 a 2092, come a quelle speciali stabilite dagli art. 2093 a 2096.

Ciò vada però detto pel solo caso, in cui si tratta d' ipoteche legali esenti dalla inscrizione, e che nel fatto non siensi iscritte; che se queste si trovano inscritte, gli art. 2093 a 2096 non possono essere messi in esecuzione. Allora la moglie vanta dritti, ed esegue obblighi, come ogni altro creditore inscritto decade dal dritto di seguito, ove nei quaranta giorni dell'art. 2084 non proceda all' incanto ec.

Le regole speciali per questa particolare purga consistono in un deposito dell' atto di trasferimento nella cancelleria del tribunale civile, dove sono siti gl' immobili gravati d' ipoteche occulte, nella notificazione di questo atto di deposito alle persone enunciate dall' articolo 2093, e nell' affissione nella sala del predetto tribunale di un estratto di acquisto, per lo spazio di due mesi, decorribili, a' termini dell' art. 2095, dal dì in cui è segnita l' inserzione della notificazione sudetta nei giornali, o da quello del certificato rilasciato dal procuratore regio della mancanza di questi.

Passati i due mesi, e non seguita la inscrizione, nè dimandato l' incanto, decade irretrattabilmente la moglie, od il minore dal dritto di seguito; e solo resta quello di preferenza, indipendente dal primo, come altrove abbiamo veduto. Avrà altresì regresso quella contra il marito, e questi contra il tutore nel senso, che potendo con altri beni soddisfarsi, le loro ragioni, non vi sia luogo

(1) Questo articolo provveda alla divisione dei cespiti sui quali è obbligato il creditore a sovraimporre.

a pianto per la non seguita inscrizione. Avrà pure il minore per tutti i danni-interessi l'azione contra il tutore sorrogato per l'articolo 2024.

Se poi le inscrizioni sono seguite, e le ipoteche di cui parliamo sono vinte da altre ordinarie, il terzo possessore ha dritto alla radiazione di quelle per l'art. 2092, 2. comma; se poi sono preferibili, ed allora è uopo distinguere, se siano i dritti certi e determinati, o pure siano eventuali. Nel primo caso le ipoteche ordinarie non vengono radiate, sia che del prezzo dell'immobile si faccia pagamento, a' termini del decreto del 1845, sia che ne resti depositario l'acquirente; nel secondo poi è permesso a' creditori ipotecari posteriori essere utilmente collocati, e ricevere fino il prezzo, con patto che diano una cauzione per qualche dritto, che si possa *realizzare* nell'interesse delle mogli, minori, ec. Ogni altra spiegazione del 3 comma dell'artic. 2096 è pericolosa, perchè non troppo fondata sul concetto vero, e positivo della legge.

CAP. 17 — 1. Modi estintivi dei privilegi e delle ipoteche così per rapporto al dritto di preferenza, come per riguardo al dritto di seguito. — 2. Modi estintivi del dritto ipotecario sotto il solo rapporto del dritto di seguito.

1. Essendo i privilegi e le ipoteche, tanti accessori de' crediti, è verità nota per sè, che, quelli estinti, restino annientati. Onde il pagamento, la novazione, confusione, compensazione, perdita della cosa, nullità e rescissione dell'obbligazione, rinunzia a questa, e prescrizione sono modi estintivi de' privilegi ed ipoteche. È convenienza, che facessimo qualche riflessione sopra alcuni di questi modi. E primamente dalla novazione vogliamo prendere punto di partenza. La novazione può seguire tra il debitore ed il creditore, sostituendo all'obbietto della primitiva obbligazione un altro; onde si ha la novazione oggettiva. Così, ove al mio creditore prometto di dare, invece del danaro, onde gli sono obbligato, una casa, procedo a questa novazione obbiettiva.

Ora si domanda: evittasi questa casa, contra il creditore ipotecario rinasca la ipoteca, che garantiva al creditore il credito suo? Presso che tutti gli scrittori ritengono l'affermativa pel principio, che l'estinzione dell'ipoteca è subordinata alla validità della dazione della casa. Gigli nelle pag. 491 e 492. 3 vol., dietro molte distinzioni siegue la stessa dottrina, ma riflette che, per la pubblicità dell'attuale sistema ipotecario, ove si trovi il creditore avere radiata la iscrizione, non possa pretendere il grado in pregiudizio di altri creditori posteriori alla radiazione. Noi non abbracciamo in alcun modo questa dottrina, e seguiamo la contraria professata dagli annotatori di Zachariae, come la più legale.

La evizione sofferta dal creditore nell'ipotesi presenta genera il dritto alla garantia, ma non dà luogo alla obbligazione di già

estiota, per la novazione oggettiva. Chi non sa, che è principio elementare, che estiota una preesistente obbligazione, mercè una novella, non si possa più dar luogo a quistionare su quella, anche quando questa riesca inefficace? Tutto il quistionabile, è a vedere, se la obbligazione novella nella sua nascita, ha avuta esistenza civile od almanco naturale; una volta che questa si è verificata, siasi certo, che, qualunque fortuna corra in appresso, punto non cadrà mai sull' obbligazione estiota.

Non così poi diciamo in quanto alla confusione per la quale si estingue un ipoteca, p. e. nella persona del creditore ipotecario, per avere acquistata la cosa ipotecata; l' art. 2071 è chiaro su questo punto.

Ed io quanto alla perdita della cosa cerchiamo di non confondere l' usufrutto colla ipoteca: quello si estingue allorquando rovina l' edificio e non si estende sopra i materiali ed il suolo, ai termini dell' artic. 549, 1. comma; ma l' ipoteca resta. L' usufrutto finisce, perchè manca la materia del godimento in che è riposto; ma l' ipoteca stà, perchè colpisce tutto l' immobile fino nei visceri suoi, a solo oggetto di garantire al creditore il credito, e non il godimento del fondo.

In quanto alla compensazione riflettiamo, che l'art. 1253, mentre ritiene, che i privilegi e le ipoteche si trovino estioti quando siasi pagato un debito compensato, faccia eccezione per il caso, in cui la compensazione non siasi opposta per giustificata ignoranza.

In quanto alla prescrizione notiamo, che dall'avere il legislatore nel n. 5 dell' art. 2074 parlato di questa con ispecialità, dopo aver detto nel 1 dello stesso, che i privilegi e le ipoteche si estinguono colla estinzione dell' obbligo, non si debba conchiudere, che si fosse voluta portare qualche modificazione a tale principio generale. Se il legislatore ha parlato *ex professo* della prescrizione, lo è stato per accennare all' abrogazione assoluta della legge 7. *Cum notissimi iuris sit* del 39 titolo, del 7 libro del Cod., per la quale l'azione ipotecaria durava quaranta anni, mentre la personale era limitata a trenta. Legge era questa, che dalla più parte degli scrittori si è spiegata nel senso di potersi esercitare contra il terzo possessore l'azione ipotecaria al di là di trenta anni, ove il debitore avesse alienati tutti gli immobili, e nel senso, che con trent' anni si estingueva l'azione personale, ma non il debito, cui garantiva la ipoteca.

Oltracciò, si è dovuto parlare della prescrizione *ex professo*, per mettere sotto alcuni rapporti la differenza tra il debitore ed il terzo possessore, e tra la usucapione del dritto di proprietà e la franchigia del fondo.

Allorchè è il debitore quegli, che si giova della prescrizione, si dà luogo all'art. 2074 n. 5 prima parte, che del n. 1 di questo articolo medesimo fa applicazione; allorchè è un terzo possessore,

è uopo mettere distinzione tra quello che è di buona fede, e quell' altro, che è di mala fede; nel primo caso la prescrizione dura dieci anni *inter praesentes*, e venti anni *inter absentes*, e nel secondo dura trent' anni.

Intendesi di mala fede il terzo possessore, quando ha avuta una conoscenza positiva dell' ipoteca; ma l'inscrisione non è bastante per dire, che già abbia avuta conoscenza di fatto questo terzo possessore. E di vero potrà non avere avuto interesse a farsi rilasciare certificati di inscrizioni, potrà avere inscritto il creditore dopo i 15 giorni dalla trascrizione ec. ec. In tutti questi casi la inscrizione stà, ed intanto non si sa.

La prescrizione dell' ipoteca si confonde con quella della proprietà in quanto ad alcuni altri requisiti. Non pertanto, ne differisce sostanzialmente. E di vero precetto espresso di legge è quello, che la prescrizione della ipoteca decorra dalla trascrizione, e secondo Gigli dallo spirare dei 15 giorni dopo questa, mentre per gli art. 2171 e 2172 la prescrizione della proprietà comincia dal contratto, con che si va nel possesso (1).

Perchè si sapessero a primo aspetto le altre differenze, è uopo piantare il principio, che siano due differenti prescrizioni. Onde il creditore potrà essere presente in rapporto al proprietario, ed assente in riguardo al creditore; di buona fede dirimpetto all'uno, di mala fede dirimpetto all' altro; e può trovarsi interrotta o sospesa la prescrizione per riguardo all'ipoteca, e non per riguardo alla proprietà. In quanto alla sospensione notiamo, che di più creditori ipotecarii uno non rilevi l'altro, perchè il debito è divisibile, comechè l' ipoteca sia indivisibile; così pure in quanto alla interrusione si debbbe dire, che seguita inverso di uno non s' intenda seguita inverso dell'altro, vedi l'art. 2155, 2. comma.

Finiamo questo punto con riflettere che la perdita del possesso, la intimazione del *paga o rilascia*, a' termini dell' art. 2063, la notificazione a' termini dell' art. 2082, e l' azione d' interruzione dell'azione ipotecaria, sublime ritrovato francese, siano tanta specie di interruzione di prescrisione di ipoteca.

Oltre questi modi estintivi è uopo dire, che tali siano la rinunzia al privilegio ed alla ipoteca, e la risoluzione del dritto di chi l' ha conceduto.

In quanto alla rinunsia si noti, che possa essere bilaterale, ed unilaterale, tacita ed espressa. Permettere che si vendesse il fondo ipotecato, ad altre ipoteche si sottoponesse, ec. sono tante specie di rinunsie tacite, le quali, al savio dire degli Annotatori di Zachariae, debbono essere guardate con tutte le circostanse di fatto.

---

(1) Questa ultima parte si è contrastata come quella che mette la ipoteca al disopra della proprietà, la frazione al di sopra dell'unità, vedi nota 51 pag. 100 della Gazzetta dei Tribunali n. 221, anno III.

Le leggi romane, seguite fedelmente dal Gigli nella pag. 492, 3 vol., possono somministrare immensa luce in questa materia.

La cancellazione e la riduzione di ipoteca pure sono modi con cui in tutto od in parte l'ipoteca si estingue, senza pregiudicare il credito principale.

2. L'adempimento delle formole per la *purga*, l'omessione di inscrizione nel certificato che rilascia il conservatore (senza che il creditore a tempo vi ripari), la decadenza risultante dalla mancanza della produzione, sia da una collocazione inutile nella graduazione, aperta per la distribuzione del prezzo dell'immobile ipotecato (art. 181, 191, 192, 205 e 206 L. 29 dicembre 1828), sono tanti modi, con cui si estingue il dritto di seguito; ma rimane quello di preferenza, come più volte abbiamo ripetuto in queste pagine, su cui per il bene della gioventù impresse abbiamo le nostre idee con incessante fatica, e che avremo sempre innanti agli occhi, affinchè con assidui studii, che mai non si possono dire ultimi in queste materie, rettificassimo quegli errori, che, per ignoranza, e non per mancanza di diligenza, temiamo esservi in abbondanza sparsi, e dei quali imploriamo il benigno compatimento del pubblico dotto, che solo stimiamo e riveriamo.

IRRITANTE. Significa ciò che cassa, annulla, e rende inefficace qualche atto, o clausola; in questo senso si dice *decreto irritante*.

JUS IN RE ET AD REM. Eineccio nelle sue Pandette, lib. I, tit. 8, § 196, così distingue e definisce l'uno e l'altro di questi dritti: *Jus circa res nobis competens aliud est in re quod est facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam. Aliud ius ad rem, idest facultas competens personae in personam, ut haec aliquid dare vel facere teneatur quo pertineat omnes obligationes.* Consentaneamente a questa è la definizione del cod. austriaco. I dritti (dice egli) che competono ad una persona sulla cosa, non avuto riguardo a certe persone, si chiamano *dritti reali*. I dritti ad una cosa, nascenti soltanto contra certe persone da una legge direttamente o da un atto obbligatorio, diconsi *dritti personali* sulle cose. Indi soggiunge: I dritti reali sulle cose sono il dritto di possesso, di proprietà, di pegno, di servitù, di eredità.

Coll'azione reale, cioè con quella che nasce da un dritto reale, si agisce contra il detentore o possessore di una cosa, sulla quale si ha un dritto, onde venga dichiarato sussistere la proposta ragione sull'oggetto controverso: coll'azione personale, cioè con quella che nasce da un dritto personale, si fa condannare il debitore a prestare una cosa od un fatto, ovvero a non fare una data cosa. Queste due azioni in ciò differiscono principalmente in quanto che la reale, emanando dal dritto di proprietà, si accampa contro chiunque trattenga la cosa od impedisca al proprietario di liberamente

usarne; colla personale al contrario, risultando da una semplice obbligazione, si procede contra colui che l'assunse, o contra i rappresentanti di lui. Dal che segue, che il primo dritto che vantar si possa sopra una cosa è quello di proprietà.

Le azioni reali s'intentano o per ragione del fondo, o proprietà del medesimo fondo, o di un dritto reale di cui esso fondo è gravato, o per ragione del possesso. Sonovi dunque due sorta di azioni reali: l'una che concerne la proprietà e che chiamasi azione *petitoria*, mediante la quale il proprietario domanda che colui, il quale è in possesso di un fondo sia tenuto a dimettersi dal medesimo; l'altra, che chiamasi azione *possessoria*, è quella cha s'intenta da taluno o per essere conservato nel possesso quando ne viene turbato, o per ricuperarlo quando lo ha perduto.—Vedi *azione*, *diritti personali e reali*.

L

LADRI. Ladri si chiamano gli usurpatori de' beni altrui, i quali se gli appropriano contra la volontà del proprietario, cui solo le leggi danno il dritto di disporne. Siccome poi quest'azione è contraria al bene pubblico tanto nello stato estrasociale che sociale, così ogni ladro merita di essere punito; ma questa punizione deve essere regolata secondo la natura delle circostanze, la qualità del ladro; da ciò deriva la ragione per la quale si punisce più severamente il ladro domestico, il furto fatto a mano armata o di notte tempo, di quello che il furto di giorno. — Vedi *furto*.

LATENTE. Questo vocabolo è usitato nel foro nelle seguenti frasi: *vizii latenti; servitù latenti*.

Si chiamano vizii latenti la bolsaggine, il moccio e la bolsaggine di stanchezza che sono le malattie dei cavalli, ch'è possibile di nascondere per qualche tempo. Le servitù latenti sono quelle che non sono in evidenza.

LATITARE. Significa nascondere una persona o qualche cosa. Si dice un debitore *latitante* quando si nasconde di timore di essere arrestato.

LAUDEMIO. Quando col mezzo della vendita passa un feudo, od un'enfiteusi ad altre persone non comprese nelle prime investiture che vengono di nuovo investita, pagano queste una gravezza che dicesi *laudemio*; e così pure quando si rinnovano le investiture. Trattandosi di enfiteusi, il laudemio si paga al padrone del dominio diretto, senza il cui consenso non si può far passare in altre mani l'enfiteusi stesse; quando poi si tratta di feudi, si paga al signore.

La parola *laudemio* deriva dalla parola *laudare*, perchè il padrone lauda ed approva il nuovo enfiteuta.

Si dee pure il laudemio quando vengono venduti i beni soggetti alle enfiteusi per pagare i debiti, sia che siano dati in pagamento al creditore, o venduti ad terzo, perchè abbia a soddisfare il credito stesso.

Chi mancasse al pagamento del laudemio, incorre nella caducità, e ciò quando i creditori appresero i beni del debitore decotto, nei quali si trovano beni enfiteutici, oppure quando l'enfiteusi resta ipotecata in modo, che non vi sia speranza di purgarla, seguito che sia il possesso.

Si dee pagare il laudemio anche per la vendita dei miglioramenti fatti nella cosa soggetta all' enfiteusi, come sarebbe di una casa fabbricata sopra la medesima, e ciò pel valore dell' area e di tutto l'edificio: così pure per le servitù imposte, per la cessione, transazione, compera dell' azione, ec.

Molti sono i casi ne' quali non è dovuto il laudemio: 1. Quando il contratto non è propriamente enfiteutico, ma una locazione per lungo tempo od in perpetuo; 2. Per l' alienazione nulla e di niun valore; 3. Quando si fa l'alienazione tra quelli che sono compresi nell' investitura; 4. Quando l' alienazione è necessaria e fatta non per atto volontario dell'alienante, ma per l'obbligazione della legge; 5. Quando si dà in dote la cosa soggetta all' enfiteusi senza che venga fatta prima alcuna stima che costituisca una compra e vendita; 6. Quando entro un certo termine il direttario fu negligente nel porre in possesso e nell' investire il nuovo enfiteuta il quale perciò in forza della legge fosse stato posto in possesso dal primo enfiteuta vendente; 7. Quando la cosa libera ed allodiale, o l' enfiteusi si devolve e ritorna al proprietario diretto, e si confonde, e viene concessa in enfiteusi, o quando l' enfiteuta acquista dominio diretto.

LAVORI FORZATI. Secondo il codice penale francese, i lavori forzati a vita od a tempo sono pena afflittiva ed infamante (art. 7). Ecco le disposizioni dello stesso codice:

I condannati subiranno i lavori più faticosi; strascineranno ai piedi una palla di ferro, o saranno legati a due a due con catena (art. 15).

Le donne e le zitelle condannate ai lavori forzati, non vi saranno impiegate che nell' interno della casa di forza (art. 16).

La condanna ai lavori forzati a vita produce la morte civile (art. 18).

La condanna ai lavori forzati a tempo non potrà essere minore di cinque anni, nè maggiore di venti (art. 19).

Chiunque sarà condannato alla pena dei lavori forzati a vita verrà sulla pubblica piazza marcato nella spalla destra coll' impronta di ferro rovente. I condannati ad altre pene non subiranno il

marchio che nei casi, nei quali la legge lo avesse unito alla pena ch'è loro inflitta.

Il marchio porterà le lettere L P pei colpevoli condannati ai lavori forzati perpetui; la lettera L pei colpevoli condannati ai lavori forzati a tempo, quando dovranno essere mercati. Sarà aggiunta nel marchio la lettera F, se il colpevole sia un falsario (art. 20).

Ogni condannato ai lavori forzati a vita od a tempo subirà prima un'ora di berlina, con cartello al di sopra della sua testa, portante il nome e cognome, la sua professione, il suo domicilio, la pena e la causa della sua condanna (art. 22).

La durata della pena dei lavori forzati a tempo comincerà a decorrere dal giorno della esposizione alla berlina (art. 23).

Chiunque sarà stato condannato ai lavori forzati a tempo non potrà giammai essere assunto nè come perito, nè come testimonio negli atti, nè deporre in giudizio se non per dare semplici notizie; nè essere tutore, nè curatore, eccetto che de'suoi figli quando vi concorra lo assenso del consiglio di famiglia. Sarà decaduto dal dritto di portar armi e dal dritto di servire nelle armate (articolo 28).

Ogni condannato alla pena de' lavori forzati a tempo o della reclusione, sarà inoltre, durante il tempo della pena, in istato di interdetto legale; gli verrà nominato un curatore per agire, e per amministrare i suoi beni nelle forme prescritte per la nomina dei curatori degl' interdetti (art. 29).

Espiata che avrà la pena, verranno restituiti al condannato i suoi beni, ed il curatore gli renderà conto della sua amministrazione (art. 30).

Durante la pena non gli potrà essere rimessa alcuna pena, provvigione, alcuna porzione delle sue rendite (art. 31).

I colpevoli condannati ai lavori forzati a tempo saranno di pieno dritto, dopo che avranno consumata la pena, e per tutta la loro vita, sotto la sorveglianza dell'alta polizia (art. 47).

Le pene dei lavori forzati a vita per un minore di sedici anni che abbia agito con discernimento, si commuta colla detenzione in una casa di correzione da dieci a vent' anni. Se la pena è dei lavori forzati a tempo, essa si commuta nella casa di correzione per un tempo eguale al terzo almeno, od alla metà al più, di quello, per la cui durata avrebbe potuto essere stato condannato alla pena de' lavori forzati a tempo (art. 67).

Non sarà pronunciata pena de'lavori forzati a vita nè a tempo contra quelli che hanno compiuta l'età di 70 anni al momento della sentenza (art. 70).

A questa pena è sostituita la reclusione a vita od a tempo, e secondo la durata della pena con cui sarà stata commutata (art. 71).

Ogni condannato alla pena de'lavori forzati a vita od a tempo, quando sarà giunto all'età di settant'anni compiti, ne verrà rila-

sciato e sarà chiuso in una casa di forza per tutto il tempo che gli rimane ad espiare la pena, come se non fosse stato condannato che alla reclusione (art. 72).

LAVORI PUBBLICI. È un'esacerbazione della pena del carcere portata dal codice penale austriaco.

Ecco le disposizioni di questo codice. La pena del carcere può essere anche esacerbata coll' obbligo del lavoro pubblico (§ 17). Non si potranno condannare al pubblico lavoro che i delinquenti di sesso maschile, e siccome il lavoro pubblico non può eseguirsi senza le catene, così non potrà essere aggiunto che a quelli che vengono condannati alla pena del carcere duro. I delinquenti però che avranno incorsa la pena per un tempo maggiore di dieci anni potranno essere condannati anche alle galere (§ 18).

LEGALIZZAZIONE. È quella fede o testimonianza che viene fatta da un pubblico ufficiale, e munita col suo sigillo, con cui egli attesta che l'atto, in fine del quale si sottoscrive, è autentico. L'effetto della legalizzazione è di estendere l'autenticità di un atto da un luogo all'altro, in cui non è conosciuto il carattere della persona che lo fece, e perciò non verrebbe allo stesso prestata veruna fede.

Le leggi romane non parlano della legalizzazione nel senso che l' abbiamo definita, nè di altra formalità che vi abbia relazione; il che fa presumere che allora non fosse in uso, e che gli atti eretti dai pubblici ufficiali fossero ricevuti in ogni luogo per autentici, sino a tanto che non fossero convinti di falso. Nel dritto canonico egualmente non si parla di legalizzazione, quantunque la maggior parte delle leggi, delle quali è composto, siano state fatte in un tempo in cui essa era in uso.

Alcuni dottori hanno parlato della legalizzazione nell' occasione di commentare quelle leggi romane che parlano de'notai, e della fede dovuta ai loro atti pubblici; tali sono Baldo sopra la Novella 44, *De tabellionibus*; Paolo de Castro, cons. 399; Felino sopra il cap. *Coram vers. dubium*, *De officio delegati*; Matteo, *De afflictis in decision. neapolit.*, 251; Alberico sopra il titolo del cod. *De fide instrumentorum*. Questi autori propongono la specie di un testamento fatto in paese lontano da un notaio, la cui qualità viene rivocata in dubbio nel luogo dove viene presentato il testamento stesso; e domandano se la legalizzazione, che chiamano *litteram testimonialem*, fatta dall' ufficiale pubblico, o dal giudice che attesta che quegli che ha ricevuto l' atto, è realmente notaio, sia sufficiente per provare la sua qualità e decidono affermativamente.

Le procure di qualunque sorte debbono essere legalizzate, quando si voglia servirsi delle medesime fuori del luogo di esercizio del notaio che la ricevette. Sarebbe cosa troppo lunga il voler riferire tutti gli atti che possono e devono essere legalizzati; basta osser-

vare in generale, che in rigore tutti gli atti emenati da un officiale pubblico, come un notaio, un commissario, ec., quando vengono presentati fuori del luogo ove l'ufficiale che gli ha estesi esercita le sue funzioni, debbono essere legalizzati dal giudice dal luogo e muniti del pubblico sigillo.

LEGATARIO. È colui, al quale si ha lasciato qualche cosa per atto di ultima volontà. È legatario universale colui, al quale il testatore ha lasciato tutti i suoi beni, ciò ch'è sempre ristretto ai beni disponibili. È legatario particolare colui, al quale è stato lasciato un semplice legato, sia di un corpo certo, sia di una certa somma di danaro od una quantità di mobili, di argento od altre cose. Il legatario universale non è tenuto a pagare i debiti del defunto se non fino alla concorrenza de' beni legali, purchè agli ne abbia fatto l'inventario. Vedi l'articolo seguente.

LEGATI. Il legato è una liberalità fatta da un testatore col suo testamento o codicillo, che dev'essere data dopo la sua morte al legatario. Viene questa parola dal latino *legare* che significa imporre una legge alle cose proprie (Ulpian., *Fragm.* 24).

L'uso di fare i legati è probabilmente altrettanto antico quanto quello di fare i testamenti. Da che gli uomini ritrovarono il modo di disporre de' loro beni dopo la loro morte, inventarono anche i legati particolari a favore dei loro parenti, amici od altre persone, alle quali volevano fare qualche liberalità. Nella Genesi (lib. I, cap. 25, v. 5, 6) si fa menzione di legati particolari fatti da Abramo a' suoi figli naturali: *Deditque Abraham cuncta quae possiderat Isaac, filiis autem concubinarum largitus est munera.* Trovasi eziandio qualche cosa di più preciso circa l'uso de'legati in Ezechiele (cap. 47, v. 17, 18), ove parlando della facoltà che aveva il principe di disporre de' suoi beni, egli prevede il caso in cui avrebbe fatto un legato ad uno de'suoi servi: *Si autem dederit legatum de haereditate sua uni servorum suorum, erit illius usque ad annum remissionis, et revertetur ad principem; haereditas autem eius filiis eius erit.* Questo medesimo testo ci fa conoscere che presso gli Ebrei era permesso di far legati a stranieri, ma che i beni legati non potevano essere posseduti dai legatarii stranieri o dai loro eredi che fino all'anno del giubileo; dopo di che i beni dovevano ritornare agli eredi de'figli del testatore. La libertà di disporre de'proprii beni per testamento non era per altro indefinita: quelli che avevano figli non potevano disporre de'loro immobili a titolo perpetuo, se non a favore de' loro figli.

Questi usi passarono dagli Ebrei agli Egizii e da questi ai Greci, dai quali i Romani presero, come si sa, una parte delle loro leggi.

La famosa legge delle dodici Tavole che fu creata dietro le me-

toorie che i deputati de'Romani avevaoo trasportate d'Atene, parla di testameoti e di legeli *: Paterfamilias , uti legassit super familia pecuniaque sua , ita ius esto :*

Sistema del dritto romano riguardo ai legati.

Eraovi aoticameote presso i Romaoi qoattro sorta di legati, cioè: *per vindicationem, damnationem, sinendi modum, et per praeceptionem* : ciascuoa di queste specie di legati differiva dalle altra per la materia, per la forma e per l' effetto.

Legare *per vindicationem* era quaodo il testatore dooava direttamente al legatario, ed in termini che lo autorizzavano a prendere egli atesso la cosa; per esempio, *do illi solidos centum*; oppure *do, lego, capito, sumpto, habeto* : chiamavasi questo legato *per vindicationem*, perchè il legatario aveva il dritto di viodicare la cosa legata cootra ogni sorta di persooe, tostochè l'erede aveva accettata l'eredità.

Il legato *per damnationem* facevasi io questi termioi : *damno te haeres illi dare solidos centum*; oppure, *dato, facito, haeredem meum dare iubeo.* Questo legato produceva cootro l' erede io favore del legatario uo' aziooe *in personam ex testamento.*

Si legava *sinendi causa* , dicendo : *damno te haeres ut illi permittas illam rem accipere*; oppure *haeres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere.* Questa specie di legato produceva pure un'azione *in personam ex testamento.*

Il legato *per praeceptionem* ooo si poteva fare che agli eredi ch'erano instituiti per parte. Era questa uoa specie di libaziona, di prelegato ; e si faceva io questi termioi : *praecipuam ille ex parte haeres rem , illam accipito* ; oppure *Lucius Titius illam rem praecipito* : ciò ch' era legato a questo titolo , ooo poteva essere percepito se ooo medinote l' azione *familiae erciscundae.*

In appresso gl' imperatori Costantioo e Costanzo soppressero tutte queste diverse forme di legati, e Giustioiaoo perfezionò questa giurisprudeoza , ordioaodo che tutti i legati siano della medesima oatura, e che io qualunque termioe essi fossero coocepiti , il legatario possa agire , taoto coll'azione persooale o reale , quanto coll' azione ipotecaria.

La validità de'legati, de'fedecommessi e delle donaziooi a causa di morte, abbraccia dua cose, la qualità della disposiziooe che costituisce la loro oatura, e le formalità degli atti che la conteogono, siaoo testamenti , codicilli o donaziooi.

La qualità di queste disposizioni che costituisce la loro natura, consiste nei caratteri esseoziali che le leggi prescrivono, e d'onde dipende che abbiano il loro effetto , o che siano oulle; e le formalità rigoardaoo gli atti che conteogooo queste disposizioni a che formano la prova della loro verità , la qual prova si ritiene per

bene stabilita allorquando questi sono nella forma regolata dalle leggi.

È cosa essenziale alla validità di questa sorta di disposizioni che coloro i quali le fanno, ne abbiano la facoltà, che coloro a favore de' quali sono fatte non ne siano incapaci, e che le cose di cui si dispone, siano tali che si possa disporne.

Il testatore può incaricare di un legato o di un fedecommesso non solamente il suo erede, ma eziandio il legatario; e se avesse fatto qualche testamento o codicillo o una donazione a causa di morte, egli potrebbe caricare con nuove disposizioni coloro a cui avesse donato colle precedenti, le quali non essendo che a causa di morte, possono soffrire questa detrazione.

Se una stessa cosa è legata a due o più persone, senza distinzione di parti, esse sono eguali.

Siccome si può legare una medesima cosa a più persone, così far si può ad una sola varî legati, o senza carichi o con carichi; ed il legatario può accettare quelli che gli aggradano, e rigettare gli altri, qualora per altro quelli ch'egli rifiutasse non l'obbligassero a qualche carico; perciocchè in questo caso egli non potrebbe dividere i legati, ed eccettuandone uno, sarebbe tenuto ai carichi degli altri.

Le stesse persone che possono fare testamento, possono fare legati. Laonde, per sapere se una persona può far legati, bisogna vedere se dessa non abbia alcuna delle cause che rendono incapaci di testare.

Siccome le regole dell' incapacità di legare sono le stesse che quelle dell' incapacità di testare, così le regole che riguardano il tempo in cui è d' uopo considerare l' incapacità di colui che dispone, sono pure le regole tanto riguardo ai legati quanto riguardo all'instituzione di erede.

Tutte le persone che si possono chiamare all'eredità sono pure capaci di legati, e coloro soltanto che possono essere eredi, possono pure essere legatarii.

Bisogna porre nel novero delle persone incapaci di legati quelli che se ne rendono indegni. Così, per esempio un legatario che per intelligenza coll'erede *ab intestato*, o per qualche altro motivo tenesse occulto il testamento che contenesse il suo legato, se ne renderebbe indegno. E qualunque legatario in cui si trovasse qualcuna delle cause che rendono l'erede indegno dell'eredità, sarebbe pure indegno del legato.

Non si dee annoverare tra le persone indegne dei legati, colui ch' essendo erede *ab intestato*, avesse impugnato come nullo il testamento contenente un legato a suo favore. E in vero, ancorchè il testamento fosse confermato contra la sua pretensione, siccome questa non feriva per nulla l' onore del defunto, e siccome non faceva egli che esercitare un dritto, che non doveva essergli tolto da questo legato, così non si potrebbe imputargli che ne fosse indegno. Ma se questo legatario, dopo di aver ricevuto il suo

legato, s'inscrivesse in falso contra il testamento, pretendendo che l'erede instituito lo avesse fabbricato, e questo testamento fosse confermato, egli perderebbe il legato a causa della ingiuria fatta a questo erede. Se poi questo legatario erede *ab intestato*, avendo ricevuto il legato, volesse far annullare il testamento per qualche difetto, il quale dovesse portare questo effetto, come sarebbe per l'incapacità dell'erede instituito, vi sarebbe ammesso senza potergli opporre di aver approvato il testamento accettando il suo legato. E in generale, quando si tratta di sapere se un legatario che riceve il legato perda il dritto che egli aveva all'eredità, bisogna giudicarne dalle circostanze del suo stato, dalla sua età e da altre cose.

Benchè per intendere quali sono le persone cui si può legare, basti sapere che chiunque non è incapace di essere erede può essere legatario, tuttavia sonovi su questo argomento alcune regole particolari ch' è d' uopo distinguere da questa regola generale, o perchè esse ne sono eccezioni, o per altre considerazioni di cui si giudicherà colle regole seguenti.

L' incapacità di succedere o di ricevere un beneficio medisote qualche disposizione a causa di morte, non comprende il legato di alimenti. Perciocchè, siccome gli alimenti sono di una necessità assoluta a chiunque vive, così è dell' equità che si possa donarli a chiunque. Laonde si può legare alimenti anche a coloro che sono condannati a morte o ad altre pene portanti la morte civile; e nel tempo che rimangono in vita possono approfittare di un legato limitato a quest'uso.

Si può legare non solamente ad altre persone che agli eredi, ma agli eredi stessi, se ve n' è più di uno; perciocchè un solo avendo tutti i beni dell' eredità, non può a dovere sè medesimo un legato. Laonde, allorquando vi sono due o più eredi il testatore può legare ad un solo od a ciascheduno di loro ciò che gli piace e distinguerli con disposizioni particolari di certe cose.

Se il testatore avesse fatto un legato comune a due de' suoi eredi, essi lo dividerebbero per parti eguali, benchè le loro porzioni nell' eredità fossero inegnali; a meno che il testatore non avesse distinte le porzioni del legato come quelle dell'eredità; ma non avendolo fatto, la loro condizione, benchè differente riguardo all' eredità, è la stessa riguardo al legato.

Se l'erede che fosse anche legatario rinunciasse alla eredità, non rimarrebbe per ciò privo del suo legato. Perciocchè egli aveva la libertà di astenersi da uno dei due beneficî, ed appigliarsene all'altro. E se fosse un figlio istituito erede in parte, e nominato legatario dal testamento paterno, egli potrebbe del pari attenersene al legato senza che gli si potesse imputare il contravvenire alla volontà di suo padre testatore; perchè potrebbe onestamente non immischiarsi negli affari dell' eredità e lasciarla a coloro che vi fossero chiamati con lui.

Il testatore può fare un legato ad una persona sconosciuta ed

anche incerta, purchè alcune circostanze indichino la sua intenzione, ed il suo motivo d'onde si possa sapere a chi abbia egli legato: Così, per esempio, se un testatore avesse legata una somma alla persona che prestasse un tale servizio o a lui od a qualcuno de' suoi figli amici; colui che avesse prestato quel servigio sarebbe il legatario, benchè il testatore fosse morto senza avere saputo chi avesse prestato il servigio medesimo.

Si può legare ad una persona tra più, come ad uno de' figli di un figlio o di un parente o di un estraneo, sia, che il testatore spieghi le circostanze che potessero distinguere questo legatario, sia ch'egli ne lasci la scelta al suo erede od altra persona. E nel primo caso, se il legatario è abbastanza contrassegnato, questi avrà solo il legato, o se non lo è, tutti vi avranno parte. Ma nel secondo caso, colui che fosse stato nominato dallo erede o da altra persona cui il testatore ne avesse data la facoltà, sarà il legatario; e se colui che doveva nominarne uno, muore senza averlo fatto, il legato apparterrà ad un solo, se uno ve ne rimane che uno, o sarà comune a coloro che rimanessero. Laonde, benchè il legato fosse destinato per uno, non essendo l'uno distinto dagli altri, il legato sarà di tutti.

Si può legare ad una città, ad una comunità qualsiasi ecclesiastica o laica, e destinare il dono a qualche uso lecito ed onesto, come per opere pubbliche, pel mantenimento de' poveri, o per altre opere di pietà o di pubblico bene. E qui è mestieri considerare come un legato fatto ad una città od altra comunità, ciò che fosse legato a coloro che la compongono; per esempio, agli abitanti di una tale città od altro luogo, ai canonici di un tale capitolo, ai religiosi di un tal monastero. Non bisogna per altro porre nel numero delle comunità capaci di legati quelli che non fossero debitamente stabilite ed approvate. Se poi il legato fosse fatto personalmente ai privati che volessero comporre qualche comunità quando essa fosse stata stabilita, il legato potrebbe sussistere a seconda delle circostanze.

Si può legare qualunque sorte di cose, mobili od immobili, dritti, servitù, e di qualunque altra natura che siano in commercio, e che possano passare dall'uso di una persona a quello di un'altra.

Siccome non si può legare se non ciò che può passare all'uso del legatario, così il legato di una cosa pubblica o di un luogo sacro sarebbe senza effetto, ed il legatario non avrebbe nemmeno il valore di stima di siffatte cose, sia che il testatore ne avesse ignorata la qualità, sia che l'avesse conosciuta, ed in quest'ultimo caso tale disposizione sarebbe insensata.

Benchè non si possa disporre della cosa altrui, tuttavia il testatore può legare una cosa appartenente ad altra persona; e un tal legato può avere il suo effetto, o non averlo secondo le regole seguenti.

Se il testatore ha saputo che la cosa da lui legata apparteneva ad altri, l'erede sarà tenuto o a dare la cosa stessa al legatario se può averla dal proprietario ad un prezzo ragionevole, o se non può o non vuole comprarla, egli ne dovrà il valore di stima, perciocchè l'intenzione del testatore è stata che il legatario approfitti del legato. Ma non si presumerà che il testatore abbia saputo che ciò che egli legava non gli apparteneva, qualora questo fatto non fosse provato: e spetta al legatario a farne la prova, perchè colui che domanda ha l'obbligo di stabilire il suo dritto.

Se non è provato che il testatore avesse saputo che la cosa che egli legava non gli apparteneva, il legato sarà nullo; perciocchè si presume non averla egli donata se non credendola sua, e che altrimenti non avrebbe caricato il suo erede di un legato di tale natura.

Se il legato di una cosa che il testatore credeva essere sua, mentre non la era, fosse fatto in favore di una persona parenta del testatore, o la considerazione della quale gli facesse un dovere di fare un tal legato, esso avrebbe quell'effetto che le circostanze potessero esigere.

Così, per esempio, se un testatore avesse legato alla sua vedova, la quale rimanesse senza beni, l'usufrutto di un fondo che non era suo e che credeva esserlo, pensando che questo fondo facesse parte di una successione a lui devoluta poco prima della sua morte; l'erede di questo testatore sarebbe obbligato di somministrare a questa vedova una rendita annua del valore dell'usufrutto stesso, se egli non avesse potuto accordarsi col proprietario ad un prezzo ragionevole.

Se la cosa legata non appartenesse all'erede, sarebbe lo stesso che il testatore avesse saputo od ignorato questo fatto, e l'erede sarebbe tenuto di soddisfare il legato. Perciocchè, quantunque questo testatore avesse creduto che la cosa fosse sua, tuttavia non si dovrebbe presumere in questo caso che, s'egli avesse saputo appartenere ad altri, egli non l'avesse legata, e non avesse voluto incaricare il suo erede di procurarla d'altronde, poichè egli avrebbe potuto giustamente credere che sarebbe al suo erede cosa egualmente facile il dare ciò che appartenesse a lui, che ciò che appartenesse all'eredità. Laonde si dee presumere al contrario che, volendo fare questo legato, egli non ne sarebbe stato impedito per aver saputo che la cosa apparteneva al suo erede.

Se la cosa legata appartenesse al legatario, il legato sarebbe nullo; perciocchè egli non potrebbe acquistare un nuovo dritto sopra ciò che apparteneva; e si dee presumere che, se il testatore lo avesse saputo, non avrebbe fatto tale disposizione; per la qual cosa la disposizione stessa rimarrebbe sempre nulla, ancorchè accadesse in appresso che questo legatario avesse alienata la cosa a lui legata; e non potrebbe nemmeno pretenderne il valore di stima.

Se un testatore dopo di aver legato una cosa che non gli ap-

parteneva mentre questa verità gli era nota, il legatario ne acquistasse la proprietà a titolo oneroso, come per compra e vendita; il legato sussisterebbe, ed il valore di stima gli sarebbe dovuto, perciocchè egli dee approfittare del legato. Ma s' egli avesse acquistata la cosa a titolo lucrativo, come per una donazione, o mediante un altro legato fattogli dal proprietario della medesima; il legato del testatore, cui la cosa non apparteneva, rimarrebbe nullo; a meno che non apparisse che la sua intenzione era che il legatario avesse in questo caso oltre la cosa stessa, il suo valore di stima. Se poi questa intenzione non fosse evidente, basterebbe a questo legatario di approfittare della medesima cosa che il testatore voleva dargli; benchè ciò fosse per un'altra via, poichè per tal guisa l'intenzione di quel testatore sarebbe adempiuta.

Se accadesse che due testatori avessero legata la medesima cosa ad una persona e che per l' effetto dell' uno dei due legati il legatario fosse diventato padrone della cosa legata, egli non potrebbe pretender di avere, in forza dell' altro legato, il valore di stima. E, in vero, l' intenzione dei due testatori sarebbe adempiuta, poichè egli avrebbe ciò che l' uno e l' altro testatore volevano dargli. Ma s'egli avesse ricevuto dall'uno dei due testamenti il valore di stima prima di avere la cosa che in appresso poteva acquistarne in forza dell' altro legato del testatore che vi era il padrone, egli ne approfitterebbe; e l' erede sarebbe tenuto di dargliela: perciocchè il valore di stima ch' egli avesse ricevuto non libererebbe l'erede di colui che avesse legato una cosa di cui egli era il proprietario: e non sarebbe cosa giusta che questo erede profittasse della cosa legata.

Non bisogna porre nel numero dei legati di una medesima cosa quelli che di cose che si danno a numero, o peso o a misura; ma solamente quelli in cui due testatori legassero un medesimo fondo od altra cosa singola e che fosse la medesima in sostanza. Laonde i legati di simili somme ad un medesimo legatario nei testamenti di due persone avrebbero il loro effetto: e se due testatori avessero legato ciascuno una pensione od alimenti ad un legatario, tanto se fossero differenti, quanto dalla medesima somma, i due legati gli sarebbero dovuti. Perciocchè ciascheduno di questi testatori avrebbe inteso donare del suo bene; quindi il legato dell' uno non impedirebbe l'effetto del legato dell' altro; e sarebbe lo stesso se due vendite vitalizie o di altra natura, l'una essendo stata acquistata al legatario in forza di una donazione od a qualche altro titolo, l'altra gli fosse poscia legata per testamento. Se il testatore, avendo un fondo comune con un' altra persona, ne facesse un legato, senza far menzione della sua porzione, ma dicendo semplicemente ch'egli lega quel fondo; il legato non avrebbe il suo effetto se non per la porzione che appartenesse a quel testatore; perciocchè si presumerebbe che egli non avesse inteso donare di quel fondo se non ciò che poteva appartenergli.

Il creditore può legare al suo debitore tutto ciò che questi g dee, od una parte; ma questo legato, come tutti gli altri, non reca verun pregiudizio ai creditori del testatore, i quali sono preferiti a tutti i legatarii, ed il debitore legatario di ciò ch'egli dee non rimarrà liberato se non nel caso che vi fossero beni sufficienti nell'eredità per soddisfare tutti i creditori del testatore e per la falcidia dovuta al suo erede.

Se il testatore, verso il quale due debitori fossero obbligati sosolidariamente, lega ad uno di loro ciò che gli dee, questo legato non libererà se non questo legatario, e l'altro rimarrà obbligato per la sua porzione; perciocchè se anche questo legatario fosse obbligato per tutto il debito, il legato ha il suo intiero effetto liberandolo dalla sua porzione: poichè egli nulla dovrà di quella dell'altro, il quale rimarrà solo debitore. Ma se questi debitori fossero socii, ed apparisse che il testatore avesse voluto annullare il debito in favore della società, il legato sarebbe comune all'uno ed all'altro.

Il testatore può legare al suo debitore la dilazione al pagamento del debito, e questo legato porterà l'effetto che l'erede non potrà, durante quella dilazione, esigere interessi, ed egli potrebbe ancor meno pretendere danni ed interessi, se il debito fosse di tale natura che il difetto di pagamento vi potesse dar luogo.

Se un figlio, il padre del quale avesse esercitata la sua tutela, venendo a morte senza discendenti, prima che il conto di quella tutela fosse stato reso, ordinasse col suo testamento che i suoi eredi, nel caso che ne chiamasse altri con suo padre, non possano domandargli alcun conto della sua amministrazione, questa disposizione avrebbe il suo pieno effetto; perciocchè egli poteva far a meno di dare a questi eredi; ma se questo testatore avesse figli, ai quali il loro avo avrebbe dovuto rendere questo conto, si dovrebbe dare a tale disposizione que' temperamenti che l'equità potesse esigere secondo le circostanze, per non obbligare quell'avo a tutto ciò che si potrebbe eseguire da un altro autore, e per non cedere in tal guisa, sotto pretesto del favore del suo interesse, l'interesse de' figli.

Se un testatore lega una cosa che aveva data in pegno ad un creditore, l'erede sarà tenuto di pagare il debito per ritirare e consegnare al legatario la cosa legata, qualora per altro le espressioni del legato od altre prove non facessero giudicare che l'intenzione del testatore era d'incaricare il legatario di questo pagamento; se poi il pegno fosse stato venduto pel debito dal creditore, l'erede sarebbe tenuto di darne il valore a questo legatario, s'egli non provasse che l'intenzione del testatore era che in questo caso il legato fosse nulla.

Si possono legare cose che non siano ancora in natura, ma che siano per venire; come i frutti che nasceranno da un fondo, o il guadagno che si avrà in qualche commercio: ed i legati di

questa sorte rinchiudono la condizione che la cosa così legata si verifichi nel suo tempo, e riportano il loro effetto secondo lo evento.

Se il testatore avesse legate una certa quantità di grani da prendersi sopra un raccolto od in un granaio, e questa quantità non vi si trovasse, il legato sarà limitato a ciò che vi fosse di meno di ciò ch'era legato. Ma se il legato fosse di una certa quantità di grano senza determinare donde si dovesse prendere, questa quantità sarebbe dovuta ancorchè nulla si trovasse nell' eredità, del pari che un legato di una somma di danaro, il quale sarebbe egualmente dovuto tanto se ve ne fosse nella successione, quanto se non ve ne fosse.

Allorquando un testatore ha legato mobili come le sue tappezzerie ed altre simili cose inservienti all'ammobigliamento della sua casa, oppure i mobili di una casa di campagna serviente al governo di une tenuta; questo legato avrà i limiti o l'estensione che l' espressione, o l' intenzione del testatore vi potranno assegnare. E se appare ch' egli non abbia voluto donare se non ciò ch'egli aveva al tempo del testamento, ciò che egli potesse acquistare in appresso non vi sarà compreso. Come al contrario se sembra che il legato s' intenda dei mobili che si troveranno al tempo della sua morte, esso comprenderà ciò che si troverà allora della natura delle cose legate.

Allorquando un testatore fa un legato di una cosa certa, che egli specifichi di averla, il legato non avrà il suo effetto se non nel caso che questa cosa si trovi in natura nella successione. Così, per esempio, s'egli avesse detto: *Io lego ad un tale il mio anello ed il mio diamante*, e non si trovi nella successione, nè anello nè diamante, il legato sarà nullo. Ma s' egli avesse detto, *lego un diamante od un anello*, senza specificare di averli, il legato sarebbe dovuto ed avrebbe il suo effetto.

Si può legare non solamente una certa cosa, indicata in particolare, come un tal cavallo, un tal diamante, una tale tappezzeria, ma eziandio indefinitamente ed in generale un cavallo, una tappezzeria, un diamante od altre cose simili. E siccome le cose di questa sorte possono essere di differenti qualità nella medesima specie, così se il legato non ne indica il prezzo, o non determina in particolare quale debba essere le cosa legata, tanto se ve ne sono molte nella successione quanto se non ve ne sono; l' erede non potrà dare la peggiore, nè il legatario scegliere la migliore. Ma questo legato sarà moderato secondo le circostanze delle qualità del testatore e del legatario, e le altre che potessero far conoscere la intenzione di questo testatore.

Si può legare non solamente somme di danaro, dritti, e qualunque altra cosa, ma eziandio qualche opera da farsi, come sarebbe se un testatore incaricasse il suo erede di ristaurare la casa

di qualche povero, ovvero di qualche altra opera, sia per uso pubblico, sia in favore di qualche persona in particolare.

Se un testatore che avesse due o più case, legasse una casa senza determinare con veruna circostanza quale delle due case egli volesse legare, il legato sarà valido, e l'erede sarà obbligato di darne una. Ma se questo testatore, il quale avesse legato una casa, non ne avesse alcuna, ovvero se non avendo verun fondo egli facesse un legato vago di un fondo indefinitamente, questo legato rimarrebbe privo di verun effetto, perciocchè non si saprebbe ciò che il testatore avesse inteso, e si potrebbe dire ch'egli stesso non lo sapeva, e che si prendeva beffe di colui al quale gli faceva un simile legato.

Allorquando un testatore lega un usufrutto o godimento di una casa, o di un altro fondo, la condizione del legatario sarà la stessa che quella degli altri usufruttuarii; ed il godimento avrà la medesima estensione ed i medesimi limiti, ed il legatario stesso sarà tenuto del pari ai carichi dei fondi soggetti al suo usufrutto. Laonde si possono applicare a questo legatario le regole dell'usufrutto.

Se il testatore avesse legato a due o più legatarii, l'usufrutto di un fondo ed a quello che sopravviverà a tutti gli altri la proprietà; questo legato riguarderebbe in due maniere tutti i legatarii; perciocchè esso sarebbe puro e semplice riguardo all'usufrutto, e condizionale eziandio riguardo a tutti per la proprietà, ciascuno essendovi chiamato sotto la condizione di sopravvivenza agli altri.

Siccome si può legare un usufrutto di cose mobiliari, così se un testatore avesse legato a sua moglie l'usufrutto od il godimento della sua casa e di tutte le cose che vi si trovassero al tempo della sua morte, a riserva dell'oro e dell'argento, e che in questa casa vi fossero mercanzie di cui questo testatore faceva un commercio e che vi teneva per essere vendute, questo usufrutto non comprenderebbe questa sorta di cose; perciocchè il legato sarebbe limitato a ciò che fosse destinato ad essere conservato in quella casa.

Se un testatore avesse legata una porzione di rendita di un certo fondo, il legato sussisterà; ed esso sarà determinato non già secondo la stessa porzione dell'interesse del prezzo della vendita, ma secondo il valore di questa porzione delle rendite, tanto se questa ecceda il detto interesse, quanto s'essa è minore, perciocchè il legato era di ciò che potrebbe valere ciascun anno questa porzione. Laonde tale cangiamento non nuocerà nè all'erede, nè al legatario.

Se il legatario di un usufrutto fosse stato gravato dal testatore di un fedecommesso verso qualche altra persona, e questo legatario non potesse o non volesse accettare il legato, l'erede che ne approfitterebbe, sarebbe tenuto per questo fedecommesso. E, in vero, benchè questo fedecommesso riguardi la persona del legata-

rio a causa del suo usufrutto, e benchè questo usufrutto più non sussista, tuttavia il godimento ch' era effetto al fedecommesso medesimo, non rimane all' erede se non col medesimo carico.

Si può legare una certa somme od una certa quantità di grano od altre cose per forma di pensione da pagarsi ogni anno al legatario, o durante un certo tempo o durante la sua vita. Havvi questa differenza tra un legato di questa natura ed un legato di usufrutto, che in questo secondo legato il legatario he un godimento incerto e può avere più o meno, o qualche volta nulla, mentre il legato annuo di una certa quantità è sempre lo stesso. Vi è pure questa differenza tra le due specie di legato, che mentre quello di un usufrutto è un legato unico di un dritto di goder sempre fino a tanto che durerè, un legato annuo in vece contiene altrettanti legati quanti anni potrà durare; perciocchè in ciascuno anno il legatario dee ricevere dall'erede la rendita, che gli è legata. Laonde questo legato è come condizionale e rinchiude la condizione che il legatario vive al cominciare di ciascun anno per aver dritto al legato e per trasmettere il dritto di quest'annata al suo erede.

Vi è ancora questa differenza tra il legato di usufrutto ed il legato annuo, cioè che il legato di usufrutto non può essere perpetuo, perchè annienterebbe il dritto di proprietà; ma il legato annuo può essere perpetuo, sia in favore di una comunità, sia dei discendenti di qualche famiglia.

Vi è pure altra differenze tra queste due specie di legato, cioè che se i fondi soggetti all'usufrutto nulla producono, il dritto dell' usufruttuario sarebbe sterile. Ma il legato di una certa quantità di grano, di vino od altre cose, è indipendente dal raccolto che vi potrà essere. Ed ancorchè un tale legato fosse assegnato da prendere sopra i raccolti di ciascun anno, esso non cesserebbe di essere dovuto allorquando non vi fosse verun raccolto, purchè le altre annate possano bastarvi e l'intenzione del testatore non vi fosse contraria.

I legati annui si acquistano al legatario quando l'anno comincia; e benchè egli muoia appena ch' è cominciato, l'annata è dovuta intieramente: perciocchè è cosa naturale che un legato il quale tien luogo di un capitale pel mantenimento, sia acquistato per anticipazione.

Non bisogna porre nel numero dei legati annui il legato di una certa somma pagabile ciascun anno fino ad un certo tempo, per altra cosa che per mantenimento o per alimenti, e nemmeno il legato di una somma pagabile in più termini di più anni, perchè questi pagamenti non essendo così divisi se non per aggravare meno l' erede, questi legati sarebbero della natura degli altri, e come un legato unico il cui pieno diritto sarebbe acquistato al legatario in una volta sola. Laonde questo legatario venendo a morte prima che questi anni fossero spirati, trasmetterebbe al suo erede le annate che rimanessero dovute.

Se un testatore avesse fatto il legato di una elemosina da farsi in un certo giorno o di una somma da distribuirsi ad una classe di persone di un tal luogo, come ai canonici di un capitolo, o agli ecclesiastici di una parrocchia od altri simili, in qualche festa o solennità che ricorre ogni anno, come nel giorno di un santo o di una festa di qualche mistero, senza indicare espressamente che questa elemosina o distribuzione sarebbe reiterata tutti gli anni nel medesimo giorno; si giudicherebbe dalle circostanze se l'intenzione di questo testatore era del legato di somma pagabile una volta sola o di un legato annuo; la qual cosa dipenderebbe dalla qualità della persona, de' suoi beni, dall' espressione del tesamento, dal motivo del legato, dal fondo destinato per questa elemosina o distribuzione, e da altre circostanze che potessero far giudicare dell' intenzione di questo testatore.

I legati di alimenti o di mantenimento durano per tutta la vita del legatario, se il testatore non ha limitato il tempo; perocchè gli alimenti ed un mantenimento indefinito non essendo limitati ad una certa durata, sono per tutto il tempo in cui il legatario ne avrà bisogno, il che comprende la sua vita.

Siccome il legato di alimenti o di mantenimento è tutto favorevole, così se un testatore avesse fatto un tale legato per durare soltanto fino a che il legatario fosse giunto all'età della pubertà, non finirebbe che colla piena pubertà.

Il legato di mantenimento, o semplicemente di alimenti, comprende il vitto e l' abitazione, qualora il testatore non vi avesse posto qualche limite; perciocchè non si può vivere senza vitto e senza tetto; ma questo legato non comprende ciò che risguarda l'educazione, l'instruzione del legatario, sia per un mestiere, un'arte, una professione, o per gli studii; perciocchè questi bisogni sono di un'altra natura, e non sono della necessità stessa degli alimenti, del vestito, e dell'abitazione.

Se un testatore avesse legato gli alimenti o il mantenimento indefinitamente senza nulla specificare, ed avesse avuto per costume di mantenere colui al quale egli facesse simile legato; questo sarebbe regolato coll' istesso metodo : diversamente verrebbe determinato ad una certa somma all' anno, o in ispecie ed a proporzione della qualità del legatario, di quella del testatore e della considerazione ch'egli poteva avere per la persona di questo legatario; sia pel suo effetto verso di lui, sia per qualche dovere o altri impegni, e secondo le altre circostanze che potessero far giudicare dell' intenzione di questo testatore.

Se colui che somministrava sempre gli alimenti od il mantenimento a taluno, gli fa il legato di ciò ch'era solito di dargli, e se per avventura egli dava differentemente ora più, ora meno, il legato sarà regolato dal modo con cui lo trattava nell'ultimo tempo che ha preceduto la sua morte, tanto se per lo innanzi gli desse più, quanto se gli desse meno.

Benchè i legati di alimenti o di mantenimento siano destinati al vitto, vestito ed abitazione; tuttavia se l'erede non li contribuisce al legatario, e se questi gli ha d'altronde anche gratuitamente, l'erede od i suoi eredi, se l'erede fosse morto, sono sempre tenuti a dare gli arretrati al legatario stesso; e la cessazione del pagamento di varii anni non gli recherebbe verun pregiudizio, nè pel passato nè per l'avvenire; perciocchè se anche il motivo del testatore fosse solamente di assicurare il di lui mantenimento, ad onta ch'egli lo abbia avuto, era questo un carico che il testatore imponeva al suo erede; e per parte dell'erede sarebbe cosa ingiusta che ne approfittasse, come pure è cosa giusta per parte del legatario che egli approfitti e del beneficio di quel testatore, e del beneficio di altre persone che avessero nutrito e mantenuto.

I legati di alimenti sono distinti dalla maggior parte degli altri legati, per la considerazione della necessità che li rende cotanto favorevoli che si possono legare alimenti a quelle stesse persone che sono incapaci di altri legati. E se un legato di alimenti o di mantenimento o pensione annua fosse fatto in favore di persone povere, esso potrebb' essere annoverato fra i legati che chiamansi *pii*.

Chiamansi legati *pii*, *ad pias causas*, quelli destinati a qualche opera di pietà, sia che riguardino lo spirituale, sia che riguardino il temporale: laonde il legato di ornamenti per una chiesa, un legato pel mantenimento di un ecclesiastico destinato all'istruzione de' poveri, ed un legato pel loro mantenimento sono legati pii.

Si può fare una prima differenza tra i legati che chiamansi *pii* e le altre sorta di legati, ed è che non si dà propriamente il nome di legati pii se non a quelli che sono affetti a qualche opera di pietà o di carità e che hanno pure i loro moti indipendenti dalla considerazione che il merito de'legatarii potrebbero avere; mentre gli altri legati hanno i loro motivi limitati alla considerazione di qualche persona in particolare, ovvero sono destinati a qualche altro uso che per un' opera di pietà o di carità.

Tutti i legati, i quali non hanno per motivo la considerazione particolare di qualche persona, non sono perciò del numero dei legati pii, benchè si riferiscano ad un bene pubblico, se questo bene è altro che di pietà o di carità. Laonde un legato destinato per qualche monumento pubblico, come per una porta della città, per l'abbellimento o comodo di qualche piazza pubblica, ed altri simili, ovvero un legato di un premio per colui che superasse gli altri nell'eccellenza di qualche arte, sarebbero legati di un' altra natura che quella de' legati pii.

Se un legato pio non avesse la destinazione per qualche uso particolare, come se un testatore avesse legato in generale o alla chiesa od ai poveri; il legato alla chiesa sarebbe per la parrocchia del luogo ove il testatore aveva il suo domicilio; ed il legato ai poveri sarebbe per l' ospitale di quel luogo, se ve ne fosse; se no pei poveri di quella parrocchia. Sarebbe lo stesso se, in vece

di un semplice legato, il testatore avesse instituito eredi la chiesa od i poveri.

Se il testatore non avesse egli stesso regolato in particolare l'uso del legato, come se avesse legato ai poveri indefinitamente in un luogo ove non vi è ospitale, o per riscattare quelli che sono in istato di cattività, senza indicare in qual luogo; l'esecuzione di queste disposizioni dipenderebbe dall'esecutore del testamento o da altra persona a cui il testatore avesse comunicata e spiegata la sua intenzione.

Si può legare una di due o di più cose in tre maniere. E in vero si può fare un tal legato senza menzione di scelta; come se un testatore lega semplicemente un cavallo da prendersi fra quelli della sua scuderia, un quadro di quelli del suo gabinetto; e può lasciarne la scelta al legatario o all'erede.

Se l'espressione del testatore è concepita in termini dai quali risultasse che benchè non abbia data la scelta nè all'erede nè al legatario tra due o più, tuttavia egli ha inteso di legarne una piuttosto che l'altra; il legato s'intenderà essere di quella con cui questa espressione avesse una relazione maggiore che con l'altra, tanto se più preziosa quanto se è di minor valore. Così, per esempio, se un testatore avesse legato il suo cavallo da sella, avendone varii, il legato s'intenderebbe del cavallo di cui egli era solito servirsi.

Se un testatore avesse legato un bacile d'argento, avendone molti, l'erede avrebbe la libertà di dare quello ch'ei vuole: perciocchè il legatario avrebbe sempre un bacile d'argento: e l'erede avrebbe a maggior ragione questa libertà, se il testatore gli avesse lasciata la scelta. Ma se il legato fosse di cose che nella medesima specie possono essere di qualità differente, buone o cattive, la libertà dell'erede non si estenderebbe a poter scegliere la peggiore; ma dovrebbe darne una media, perciochè non si può presumere che il testatore abbia data questa latitudine al dritto di scegliere che lasciava all'erede.

Allorquando il testatore dà all'erede il dritto di scegliere tra più cose, come fra i cavalli della sua scuderia quello che vorrà, e così delle altre cose, il legatario ha il dritto di scegliere la più preziosa. Ma se fra tutte queste cose ve ne fosse qualcuna specialmente necessaria all'erede, sarebbe dell'equità di eccettuarla dalla scelta del legatario; perciocchè il suo diritto non si estende a poter nuocere all'erede.

Se il testatore avesse rimessa ad un terzo la scelta della cosa legata, o perchè egli non credesse il legatario capace di farla, o perchè volesse un temperamento tra gl'interessi dell'erede e quelli del legatario; il legato sarebbe determinato da quel terzo; ed in mancanza di lui od in caso di suo rifiuto il legatario e l'erede dovrebbero convenire insieme, o domandare di comune accordo la scelta ad un arbitro.

L'erede od il legatario che ha fatto una volta la sua opzione, sia giudizialmente, sia di comune accordo, non può più mutar consiglio, e farne un altra; perciocchè il diritto di scegliere che il testatore gli aveva dato, è consumato con questa prima scelta.

Se il legatario che aveva la scelta muore senz'averla fatta, egli trasmette al suo erede ed il diritto del legato, e quello della scelta.

Si possono distinguere in tre specie tutte le cose, delle quali i testatori hanno la libertà di lasciare in legato. La prima di quelle che di loro natura non producono veruna rendita, come un quadro, un vasellame d'argento, ec; la seconda di quelle che ne producono, come una casa, un fondo, una greggia ed altre simili; la terza delle somme di danaro, le quali di loro natura producono, ma facendo il prezzo di tutto ciò ch'è in commercio, sono lo strumento del commercio medesimo; il che fa sì che le leggi condannano coloro che sono in mora di pagare le somme che debbono, ai danni ed interesse fissati dalle leggi medesime a ciò che chiamasi l'*interesse*.

Se il testatore ha regolato colla sua disposizione ciò che riguarda i frutti o le altre rendite che la cosa legata può produrre, la sua volontà servirà di legge, e l'erede ne sarà tenuto od esonerato secondo che il testatore vi avrà provveduto. Se poi il testatore nulla ha ordinato riguardo ai frutti ed altre rendite che le cose legate possono produrre, non saranno dovuti se non dopo la domanda. Se poi l'erede era di mala fede, come se avesse tenuto occulto il testamento, egli dovrebbe non solamente tutti i frutti dopo la morte del testatore, ma eziandio i danni ed interessi, se ve ne fossero.

I legati di danaro ed altre cose che di loro natura non producono veruna rendita, debbono essere soddisfatti come tutti gli altri nel termine fissato dal testamento, oppure sono dovuti dopo la morte del testatore, se non vi è alcun termine. Ma se anche non sono soddisfatti nel termine, non è dovuto alcun interesse se non dopo la domanda, qualora il testatore non abbia ordinato che il legatario abbia gl'interessi.

Siccome il diritto del legatario gli è acquistato dal testamento od altra disposizione per causa di morte, e siccome le disposizioni di questa sorte sono confermate ed hanno il loro effetto al momento della morte di colui che ha disposto; così il diritto al legato è acquistato al legatario in quello stesso istante, qualora la volontà del testatore non vi rechi qualche modificazione.

Condizioni. Bisogna distinguere due sorta di legati: quelli che sono puri e semplici, vale a dire la validità de' quali non dipende da veruna condizione, e quelli che sono condizionali, e che non hanno il loro effetto se non dopo l'evento della condizione da cui dipendono, come se il testatore legasse una terra in caso che il legatario avesse figli. Il diritto sopra questi differenti legati è differentemente acquistato ai legatarii.

Se il legato è puro e semplice, il diritto n'è acquistato al legatario al momento della morte del testatore, tanto se ha saputo quanto se ha ignorato il testamento e questa morte; e se la cosa legata è un fondo od un mobile dell'eredità od altra cosa che vi si trovi in natura, essa passa direttamente dal defunto a lui, e ne diventa il padrone senza che l'erede vi abbia alcun diritto. S'è poi una cosa che non sia nell'eredità, od una somma di danaro, egli ha il suo diritto acquistato per averne il rilascio quando l'erede sarà tenuto di farlo.

Se il legato essendo condizionale, la condizione si è verificata durante la vita del testatore, o al tempo della sua morte; questo evento fa si che il legato è come puro e semplice; e quindi il diritto è acquistato al legatario al tempo della morte del testatore.

Se la condizione si verifica dopo la morte del testatore, il diritto del legatario non gli sarà acquistato al tempo di questa morte; ancorchè la condizione dipendesse dal suo fatto ed egli si offrisse di adempierla qualora l'erede non ne accetti l'offerta. Ma il legato non gli è dovuto se non dopo che avrà adempiuta la condizione, o s'essa indipendente dal fatto suo, dopo che sara verificata.

Tempo. Bisogna distinguere tre sorta di legati riguardo al tempo in cui il legatario può avere acquistato il suo diritto al tempo in cui egli può esercitarlo. I legati puri e semplici senza verun termine, i legati ad un termine, ed i legati condizionali. Questa differenza ha l'effetto che sarà spiegato colle regole seguenti:

In ogni sorta di legati bisogna distinguere due diversi effetti del diritto del legatario: l'uno che lo rende padrone della cosa legata, tanto s'egli può domandarne il rilascio, quanto se non lo può ancora: e l'altro effetto è quello di porlo in istato di domandarne questo rilascio. Riguardo a questo primo effetto si dice che allora il tempo è venuto quando il legatario ha acquistato il suo diritto, e quando il legato è dovuto; riguardo al secondo effetto si dice che allora il tempo è venuto quando il legatario può domandare il legato. Così, quando il legato è puro e semplice e senza termine, il momento della morte del testatore ha questi due effetti, ed il tempo è allora venuto quando il diritto al legato è acquistato al legatario e quando egli può domandare la cosa legata. Così, allorquando vi è un termine al legato puro e semplice il primo di questi due effetti accadde il giorno della morte del testatore ed il secondo non accadde se non nel giorno del termine. Così, allorquando il legato è condizionale e senza veruno termine, vi sono due effetti al momento che la condizione si è verificata: ovvero se vi è un termine, il secondo effetto è sospeso sino a questo termine. Se poi la condizione non è verificata, non è venuto quel tempo che faccia acquistare il legato e meno ancora il tempo di domandarlo. Da quanto abbiamo detto segue che se il legatario muore prima di aver ricevuto la cosa legata, il

legato può passare o non può passare ai suoi eredi, secondo lo stato in cui si trova il suo diritto al tempo della sua morte; ed egli trasmette il legato se il diritto gli era acquistato, ovvero non lo trasmette se il tempo non era venuto, per cui il legato gli fosse dovuto.

Di qualunque natura sia il legato, se il legatario era morto al tempo del testamento, o s'egli muore prima del testatore, il suo erede non ha verun diritto al legato; perciocchè il legatario stesso non ne poteva avere se non al tempo della morte del testatore che doveva dare l'effetto al suo testamento.

Se il legato è condizionale ed il legatario muore prima che la condizione del legato sia verificata, egli muore senza aver giammai avuto alcun diritto al legato, e quindi non ne trasmette alcuno al suo erede.

Allorchè il legato è puro e semplice, tanto se vi è un termine pel pagamento, quanto se non ve n'è, il legatario che ha sopravvissuto al testatore avendo il suo diritto acquisito, lo trasmette al suo erede, sia che egli muoia prima o dopo il termine.

Non bisogna porre nel numero dei legati condizionali tutti quelli in cui il testatore si fosse servito della parola condizione. E in vero, spesso si confondono le condizioni coi carichi che i testatori impongono ai legati, il che rende equivoca la parola condizione. Ma non si debbono chiamare condizionali se non i legati, la validità dei quali dipende da una condizione; di maniera che fino a tanto ch'essa non sia verificata il legatario non ha ancora alcun diritto. Così, per esempio, se un testatore lega una somma, in caso che il legatario sia maritato al tempo della morte del testatore o che abbia figli, o che sia provveduto di una carica, questi sono legati condizionali, ancorchè la parola *condizione* non sia espressa nel testamento. Ma se il testatore lega un fondo a condizione che il legatario vi soffra una servitù per l'uso di un altro fondo che egli lega a qualche altra persona, questa espressione imporrà bensì al legatario il peso di questa servitù, ma non renderà il legato condizionale: e se il legatario muore prima che il diritto della servitù sia stato posto in uso, il legato sarà tuttavia trasmesso all'erede di questo legatario.

Se la condizione di un legato è che il legatario abbia figli, il testatore avendo ordinato, che quando ne avrà l'erede gli darà od una somma od un certo fondo; e se questo legatario è morto senza aver ancora figli, ma sua moglie essendo incinta di un figlio che dappoi nacque, questo legato ha il suo effetto, e questo legatario ha trasmesso il suo diritto al suo erede; perciocchè questo erede è il figlio che il testatore ebbe in mira, e la nascita del quale ha adempiuta la condizione.

Se il testatore ha fatto dipendere il legato da una condizione o ingiusta od inonesta od impossibile, siccome questa condizione non è obbligatoria, questo legato sarebbe della natura di un le-

gato puro e semplice, ed il legatario morendo prima di averlo ricevuto, trasmetterebbe il suo diritto al suo erede.

I legati, l'effetto dei quali dipende da un tempo incerto, vale a dire quelli, de'quali non è certo il loro avvenimento, sono della medesima natura che i legati condizionali; perciocchè rinchiudono la condizione ch'essi non avranno il loro effetto se non nel caso che questo tempo giunga; dimanierachè se il legatario di un legato di questa natura muore non essendo ancor giunto questo tempo, egli non trasmette il legato al suo erede. Così, per esempio, se un testatore ha legata una somma ad un legatario nel caso che arrivi all'età di maggiorità, il suo erede non conseguisce il legato.

I legati che sono annessi alla persona del legatario come l'usufrutto, una pensione annua, un legato di alimenti od altri simili, coi quali il testatore ha voluto favorire la persona sola del legatario, non si trasmettono al suo erede; e se, per esempio un testatore avesse permesso ad uno de' suoi amici di cavare pietre da una cava, o di usare di un passaggio o di altra servitù, per qualche fondo; siccome questo diritto non è che per l'uso di quella persona, la morte lo fa cessare a meno che l'espressione del testatore non avesse riguardato pure gli eredi di questo legatario.

Il legato di una somma da pagarsi ogni anno ad un legatario durante la sua vita, sia per forma di pensione, o per alimenti, o diversamente, è considerato comprendere altrettanti legati quanti vi saranno anni della vita di questo legatario; ed il legato di ciascun anno gli è dovuto tosto che l'anno è cominciato, secondo le regole stabilite sopra. Laonde il suo diritto a ciascun legato, gli è acquistato di mano in mano ch'egli passa da un anno all'altro; e quando egli muore trasmette al suo erede non solamente gli arretrati degli anni scaduti, ma eziandio l'annata ch'egli aveva incominciata e che la sua morte ha interrotta.

Un legato può esser nullo in due maniere, o per una nullità che si trovi nel legato fino dalla sua origine, o per una causa che sopravvenga o lo annulli in appresso. Il legato è nullo fino dalla sua origine se il testamento che lo contiene è nullo; se il testatore era incapace di disporre quando ha fatto il suo testamento; se la cosa legata, come, per esempio, se fosse una cosa pubblica. Così pure un legato che non era nullo nella sua origine, è in seguito annullato, se il testatore cade in una incapacità che duri sino alla sua morte; se il legatario si trova nel medesimo tempo in una simile incapacità; s'egli muore prima del testatore e se la cosa legata perisce.

Il legato può essere rivocato o diminuito da qualche sottrazione, o trasferito da un legatario ad un altro, a norma che le seconde disposizioni cangiano le prime, come sarà detto in appresso.

Se il legato è nullo nella sua origine al tempo del testamento ed in guisa tale, che se il testatore venisse a morire in questo medesimo stato il legato fosse inutile, esso non sarebbe valido in

appresso, in qualunque tempo questo testatore morisse e qualunque cangiamento fosse avvenuto; perciocchè il vizio che ha annullato questo legato fino dalla sua origine, non è più riparabile.

Se un impubere avendo fatto il suo testamento, ed essendo pervenuto poscia all' età di testare, morisse senza farne un altro; questo testamento che sarebbe stato nullo se quel testatore fosse morto subito dopo averlo fatto, resterà tale, benchè al tempo della sua morte egli avesse potuto testare; perciocchè l' incapacità in cui si trovava al tempo del suo testamento, non è sanata dalla capacità che sopravviene dopo, e che non cangia nulla al tempo precedente.

Se il legato era vizioso e nullo nella sua origine, per la natura della cosa legata, come se questa fosse un luogo pubblico, questo legato che sarebbe nullo se il testatore morisse al tempo di questo testamento, non sarebbe valido in appresso, accadendo che prima della sua morte la cosa legata avesse cangiato di natura e fosse stata posta in commercio; perciocchè questo cangiamento non essendo seguito da una nuova disposizione del testatore, lascerebbe la prima nella sua nullità. Sarebbe lo stesso se un testatore, avendo fatto il legato di una cosa che fosse propria del legatario, accadesse in seguito che questo legatario l' avesse alienata prima della morte del testatore; perciocchè, quand' anche il legato fosse stato valido, se questo cangiamento l' avesse perduto siccome esso era nullo allorquando la cosa legata appartenesse al legatario, così rimarrà nullo in appresso.

Questa regola non ha luogo pei legati condizionali. Così, per esempio, nel caso di un legato di una cosa che non fosse in commercio, se il testatore l' avesse legata sotto condizione nel caso ch' essa cangiasse natura e potesse essere acquistata al legatario; questo legato, il quale senza la condizione rimarrebbe nullo se il testatore morisse dopo una tale disposizione, avrebbe il suo effetto se questo cangiamento accadesse in appresso prima della morte del testatore medesimo.

Il legato diventa nullo se il legatario muore prima della morte del testatore; perciocchè il suo dritto non gli doveva essere acquistato se non al momento della morte del testatore; laonde non essendo più al mondo, egli non può acquistarlo, la qual cosa fa sì ch' egli non trasmette al suo erede un dritto che non ha giammai avuto. Il legato sarebbe nullo a maggior ragione se il legatario fosse morto prima del testamento, il testatore avendo ignorata la di lui morte.

Un legato che avrebbe avuto il suo effetto se il testatore fosse morto nel tempo del suo testamento può diventar nullo in seguito, se prima che il legatario abbia acquistato il suo dritto, accade un cangiamento che ponga le cose in uno stato tale, che se esse fossero state le stesse al tempo del testamento, il legato sarebbe stato nullo. Così, per esempio, se un legatario, il quale era capace del legato al tempo del testamento, se ne trovi incapace al

tempo della morte del testatore, come s'egli avesse assunti i voti o fosse condannato ad una pena che porti la morte civile; o se la cosa legata che al tempo del testamento era in commercio si trovi al tempo della morte del testatore destinata ad un uso pubblico; questi legati, che sarebbero stati utili se il testatore fosse morto prima di questi avvenimenti, sono nulli dopo avvenuti.

Il testatore può rivocare i legati o con disposizioni espresse, come per un secondo testamento o codicillo, o senza alcuna disposizione espressa, come s'egli dispone diversamente della cosa legata. Così, per esempio, se un padre che aveva fatto un legato a sua figlia di un certo fondo, avendola poscia maritata le dà in dote quel medesimo fondo, il legato è tacitamente rivocato da siffatta disposizione, e questa figlia avendo il detto fondo in dote, non può pretendere un secondo effetto di questo legato.

Se il testatore, avendo legato al suo debitore ciò che questi gli doveva ed in appresso se n'è fatto pagare, il legato sarà rivocato; perciocchè non era una somma da ricevere quella costituita in legato, ma una liberazione: laonde il pagamento annulla il legato.

Se il testatore vende od aliena diversamente la cosa legata, il legato è rivocato; perciocchè spogliandosene egli stesso, egli priva a maggior ragione il legatario che doveva riceverla da lui.

Se colui, il quale ha legato una cosa, ne fa in seguito una donazione ad altra persona che il legatario, questa donazione annulla il legato a maggior ragione che una vendita; perciocchè si può essere costretti a vendere per necessità una cosa che si aveva legata e senza cangiare la buona volontà che si aveva pel legatario; ma non si può darla ad un altro se non liberamente, e preferendo il donatario alla persona a favor di cui si aveva fatto il legato.

Benchè il testatore dia in pegno dopo il suo testamento la cosa che aveva legata, non ha con ciò rivocato il legato; perciocchè il suo testamento non gli toglie l'uso dei suoi beni, e quest'uso non annulla le disposizioni del suo testamento, le quali avranno il loro effetto o non lo avranno, secondo lo stato in cui saranno le cose al tempo della sua morte. Laonde, quantunque sia vero che la dazione in pegno può trarsi dietro l'alienazione; tuttavia, se la cosa legata è ancora del testatore al tempo della morte, ella passa al legatario; e l'erede sarà tenuto a liberarla dal pegno; perciocchè è suo obbligo generale di pagare tutti i debiti dell'eredità.

Se dopo il testamento si fanno cangiamenti alla cosa ch'è stata legata, ancorchè siano tali che, se la sua natura può soffrirlo, tutte le parti ne siano rinnovate, tutti questi cangiamenti della cosa legata non ne fanno al legato. Così il legato di una nave o di una casa o di altro edificio non è rivocato, benchè sia del tutto rinnovato per parti successivamente; così il legato di una greggia

non è rivocato ancorchè non resti alcuno dei capi primitivi; perciocchè questi cangiamenti facendosi sulla cosa stessa, niuno di essi la cangia intieramente, e quindi rimane la stessa dopo l'ultimo cangiamento.

Se i cangiamenti della cosa legata sono tali che, quantunque la materia possa rimanere, essa sia di un'altra natura, od in un altro stato, talmente che non si trovi più compresa sotto l'espressione della cosa ch'era legata, il legato, mediante questo cangiamento, è rivocato. Così, per esempio, se un testatore, il quale ha legato stoffe di lana o di seta, ne ha fatto fare dei vestiti, egli avrebbe con ciò rivocato il legato. Così, per altro esempio, se un testatore ha legato delle gemme, poscia le destina a qualche ornamento, come sarebbe di una scatola o di altro legato, mediante questo cangiamento, è rivocato.

Se la cosa viene a perire e ne resti qualche accessorio, nulla è dovuto al legatario; perciocchè egli non doveva avere questi accessori se non colla cosa principale ch'egli non può avere. Così, per esempio, se un cavallo legato col suo arnese venisse a perire, il legatario non avrebbe questo arnese.

Se il testatore, senza alienare il fondo legato nè tutto, nè in parte, ne fa uno smembramento di qualche porzione ch'egli separa da quel fondo per unirla ad un altro, come sarebbe per dilatare l'estensione di un edificio, per aggiungere un giardino alla casa, ec., questi smembramenti diminuiscono il legato; perciocchè la porzione ch'è stata tolta diventa una parte di un altro fondo, in cui il legatario non ha alcun dritto.

Allorquando il testatore con una seconda disposizione trasferisce a un secondo legatario la cosa stessa che aveva dapprima legata ad un altro, il legato del primo legatario è talmente annullato, in forza di questo legato, al secondo, che se accadesse che il secondo, legatario morisse prima del testatore, il primo non avrebbe nulla; perciocchè la prima disposizione che lo riguardava era rivocata dalla seconda.

Se il testatore ha fatto due legati a due persone del medesimo nome e con una seconda disposizione egli revoca il legato di uno di essi senza distinguerlo, di maniera che non si possa sapere quale dei due legati sia rivocato, entrambi i legati sussisteranno; perciocchè è cosa più giusta che la revoca male spiegata rimanga senza effetto, che l'attribuirgli l'effetto di annullare due legati, l'uno dei quali certamente doveva sussistere per l'intenzione del testatore. Ma se, al contrario, non avesse fatto che un legato ad una delle due persone di un medesimo nome, di maniera che non si possa sapere dalle circostanze a chi dei due egli voleva legare, il legato rimarrà senza effetto sì per l'uno che per l'altro; perciocchè l'erede non sarebbe tenuto che di un legato, e niuno dei due potrebbe provare di essere legatario.

Un legato che fosse valido ed in buona forma, può essere annul-

lato senza che il testatore faccia alcuna disposizione espressa od altro per rivocarlo, se accade che il legatario se ne renda indegno per qualche causa.

Benchè l' erede pretenda che i beni non bastino per pagare i legati, non cessa tuttavia di esserne caricato se è diventato erede puro e semplice; ma se egli non assume siffatta qualità se non col beneficio dell'inventario, egli non è tenuto ai legati che fino alla concorrenza di ciò che può rimanere dei beni, pagati i debiti, e ne dedurrà inoltre la falcidia. — Vedi *falcidia*.

Veggasi nel Digesto, nel codice e nelle instituzioni i titoli *De legatis;* ove si troveranno i testi delle leggi romane relative ai principî che abbiamo fin qui esposti.

Sistema del codice civile francese relativamente ai legati.

Chiamasi *legato* una disposizione, mediante la quale il testatore dà tutti od una parte dei suoi beni.

Distinguonsi tre sorta di legati: *il legato universale*, il *legato a titolo universale* ed il *legato particolare*. Le regole concernenti ciascuna di queste tre specie di legati saranno sviluppate successivamente in tre paragrafi.

Legato universale. Il legato universale è la disposizione testamentaria con cui il testatore dona ad una o più persone l'universalità dei beni ch'egli lascerà dopo la morte (cod. civ. franc., articolo 1003). Secondo questo articolo, il legato dell'universalità dei beni può bensì farsi a più persone, ma in questo caso il legato deve essere fatto congiuntamente; perciocchè se tutti i beni fossero legati separatamente a più persone, questo non sarebbe più un legato universale. Così, per esempio, allorquando un testatore lega tutti i suoi beni a Pietro e a Paolo, questo legato è universale, perchè desso è fatto congiuntamente a due persone. Se, al contrario, il testatore legasse a Pietro la metà dei suoi beni ed a Paolo l'altra metà, eglino non sarebbero più legatari universali, ma solamente legatari a titolo universale. L'uno di loro non può pretendere effettivamente a tutta la successione; perciocchè se l'uno dei legati diventa caduco, la metà dei beni si devolve all' erede *ab intestato*, mentre i legatari universali raccolgono per dritto di accrescimento la porzione dei beni legatari a colui fra loro che premuore o rinunzia.

Non vi è legato universale s' esso non comprende l' universalità dei beni. Il legato di usufrutto resiste evidentemente ad ogni idea di universalità nel senso del citato articolo 1003; poichè da una parte questo legato non conferisce all'usufruttuario se non il dritto di godere dei beni di cui un altro ha la proprietà; e d' altra parte, questo usufrutto dee riunirsi un giorno alla proprietà per la morte dell' usufruttuario.

La legge riserva a certi eredi una quota della successione, ed

il testatore non può derogarvi. Quando alla morte del testatore vi siano eredi, ai quali è dalla legge riservata una quota parte dei suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano *ipso iure* nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità, ed il legatario universale dee da essi ripetere il rilascio dei beni compresi nel testamento (ivi, art. 1004). Ciò non ostante nello stesso caso il legatario universale avrà il godimento dei beni compresi nel testamento dal giorno della morte, se la domanda pel rilascio è stata fatta dentro l'anno dopo tal epoca; altrimenti questo godimento non incomincerà che dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in cui si avrà volontariamente acconsentito al rilascio (ivi, art. 1005). Quando alla morte del testatore non vi saranno eredi, ai quali la legge riservi una quota parte dei suoi beni, il possesso dei medesimi, seguita la morte, passerà *ipso iure* ed immediatamente nel legatario universale senza che sia tenuto a domandarne il rilascio (ivi, art. 1006).

Allorquando il legato è conferito al legatario per un testamento olografo, questo testamento non può essere posto in esecuzione, senza essere prima presentato al presidente di prima istanza del distretto in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto, s'è sigillato. Il presidente stenderà processo verbale della presentazione, dell'apertura e dello stato del testamento, di cui ordinerà il deposito presso un notaio da lui deputato. Se il testamento è nella forma mistica, la sua presentazione, l'apertura, la descrizione e il deposito saranno fatti nella stessa maniera; ma la apertura non potrà farsi, se non in presenza di que'notai e testimonii che hanno segnato l'atto di soprascrizione, i quali si troveranno nel luogo, o che vi saranno chiamati (ivi, art. 1007). Confrontisi la legge 1, § 1, e la legge 4, Dig. *Testamenta quomodo aperiantur*: le leggi 18, 23, cod. *De testamentis*; e la legge 41, cod. *De episcopis et clericis*). Se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere in possesso con un decreto del presidente esteso appiè dell'istanza, cui sarà unito l'atto del deposito (ivi, art. 1008).

Il legatario universale che concorrerà con un erede, a cui la legge preserva una quota parte de' beni, sarà tenuto pei debiti e pesi dell'eredità del testatore personalmente per la sua quota e porzione, e ipotecariamente per il tutto, e sarà tenuto soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione, com'è dichiarato negli art. 926, 927 (ivi, art. 1009).

Legato a titolo universale. Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore lega una quota parte dei beni, de' quali la legge gli permette di disporre, come sarebbe una metà, un terzo ovvero tutti i suoi immobili, o tutti i suoi mobili, od una quantità determinata o degli uni o degli altri. Qualunque altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare (ivi, art. 1010). I legatarii a titolo universale saranno tenuti di domandare il ri-

lascio agli eredi cui è riservata dalla legge una quota parte dei beni, ed in loro mancanza ai legatarii universali, e mancando questi, agli eredi chiamati secondo l'ordine stabilito al titolo delle *successioni* (art. 1011). Il legatario a titolo universale non può in verun caso essere assoluto dall'obbligo di fare questa domanda di rilascio, come prescrive la legge; perciocchè niuno può porsi in possesso di propria autorità. Non vi è altra eccezione che pel legatario universale instituito con testamento pubblico, allorquando non vi concorre con un erede a cui la legge riserva una quota parte. Per altro se si trattasse di un legato particolare, l'oggetto del quale si trovasse già nelle mani del legatario a titolo di deposito, per esempio, la domanda di rilascio sarebbe frustranea, poichè definitivamente tenderebbe ad un circuito inutile, l'erede non avendo dritto di rivendicare la cosa. Quest'è l'opinione di Pothier (delle donazioni testamentarie, c. III, sez. II, §. 2), che è adottata egualmente da Grenier e Toullier e dai tribunali francesi.

Il legatario a titolo universale, egualmente che il legatario universale, è tenuto a soddisfare i debiti ed a sostenere i pesi della eredità del testatore, personalmente per la sua quota, e per il tutto ipotecariamente (articolo 1012). Questo legatario è sottoposto alle medesime obbligazioni che il legatario universale, con questa differenza che non avendo mai la presa di possesso, non può mai essere perseguitato *ultra vires*. Per altro, allorquando la successione gli sembrasse gravata di debiti, e l'erede non avesse fatto inventario, egli dee cercare di porsi al sicuro da tutte le indagini moleste dei creditori del defunto, sia facendo l'inventario di ciò che rimane, se vi è luogo, sia anche, per maggior sicurezza, accettando il legato col beneficio d'inventario.

Quando il testatore non avrà disposto che di una quota della porzione disponibile, ed avrà fatta questa disposizione a titolo universale, il legatario sarà tenuto unitamente agli eredi naturali a soddisfare per la sua tangente ai legati particolari (art. 1013).

Legato particolare. È questo una disposizione, colla quale il testatore dà, sia in proprietà, sia in usufrutto, una somma determinata di danaro od una o più cose dipendenti dalla successione.

Qualunque legato puro e semplice dà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un dritto sulla cosa legata trasmissibile ai suoi eredi, od aventi causa dal medesimo. Ciò non ostante, il legatario universale non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretendere i frutti ed interessi che dal giorno della sua domanda di rilascio, o dal giorno in cui gli si fosse volontariamente accordato il detto rilascio (art. 1014). Questo articolo si uniforma alle disposizioni del dritto romano. *Veggasi* l. 80, Dig. *De legatis* 2; l. 64, Dig. *De furtis*; l. 3, 21, Dig. *Quando dies legati vel fideicommissi*; l. 3, cod. eod;. l. 1, 4, cod. *De usuris et fructibus legatorum*; l. 26, Dig. *De legatis* 3; l. 8, § 9, Dig. *De usuris*.

Gl' interessi o frutti della cosa legata decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte, e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda: 1. Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarato espressamente la sua volontà nel testamento; 2. Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia ad una persona (art. 1015). *Veggasi* nel dritto romano: l. 47, Dig. *De legatis* 1; l. 10, § 1; l. 18, § 1, *De alimentis vel cibariis legatis*; l. 46, § 4, cod. *De episcopis et clericis;* Novella 131, c. 2; l. 3, cod. *In quibus causis in integrum restituitur*; l. 87, § 1, Dig. *De legatis*. 2.

Gli eredi del testatore, od altri debitori di un legato saranno personalmente tenuti a soddisfarlo ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nell'eredità. Saranno tenuti per il tutto coll'azione ipotecaria, fino alla concorrenza del valore degl' immobili della eredità di cui saranno debitori (art. 1017). Si confronti, l. 1. in fin., cod. *Communia de legatis et fideicomm.*; l. 2, cod. *De legatis*; l. 117, 124, Dig. *De legatis* 1; l. 33, 49, Dig. *De legatis* 2; l. 11, §§ 23, 24, Dig. *De legatis* 3; legge ult., Dig. *De servitute legata*.

La cosa legata sarà rilasciata cogli accessorii necessarii e nello stato in cui essa si troverà nel giorno della morte del testatore (art. 1018; l. 35, § 3; l. 52, § ult.; l. 100, § 3; l. 102, § 3, *De legat.* 3; l. 2, Dig. *Si serv. vindic.*; l. 15, § 2, Dig. *De usuf. legat.* l. 44, § ult., Dig. *De legat.* 1; l. 10, Dig. *De serv. urban. praed.*; l. 23, § 1; l. 19, § 13, 14, 15, 16, Dig. *De auro et arg. leg. Vedi* la l. 69, § 3; l. 116, § 4, Dig. *De legat.* 1; l. 57, Dig. *De legat.* 1; l. 1, § 3, Dig. *De depositis*; l. 44, Dig. *De edilit. edicto*, l. 6, § 1, Dig. *De auro et arg. legato*).

Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l'avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non si riterrà che facciano parte del legato, senza nuova disposizione. Si riterrà il contrario riguardo agli abbellimenti ed alle nuove fabbriche sul fondo legato, o ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito (art. 1019; l. 16; l. 79, § 2; l. 34; l. 88, § 3, Dig. *De legat.* 3; l. 21; l. 24, §§ 2, 3; l. 44, § 4; l. 65, § 2, Dig. *De legat.* 1; l. 10, 39, e 65, Dig. *De legat.* 2; l. 14, Dig. *De auro et arg. legato*).

Se prima o dopo del testamento, la cosa legata si è ipotecata per un debito dell'eredità od anche pel debito di un terzo; o se è stata gravata di un usufrutto, quegli che dee soddisfare il legato non è tenuto a renderla libera, quando non sia stato incaricato dal testatore con una espressa dichiarazione (art. 1020; Paul., *Sentent.*, lib. III, tit. *De legat.*, § 8; l. 57, Dig. *De legat.* 1; l. 85, Dig. *De legat.* 2; l. 6, cod. *De fideicomm.*; l. 3, cod. *De legat.*; l. 13, Dig. *De dote praelegata*; l. 28, *De famil. ercisc.*; Instit., § 12, *De legatis*).

Quando il testatore avrà legato una cosa altrui, il legato sarà nullo, abbia o no il testatore saputo ch'essa non gli apparteneva (art. 1021; *Contr*, *Gaii Instit.*, lib. II, tit. 5, § 6; l. 10 cod. *De legat.*; l. 67, § 8, Dig. *De legat.*; 2; l. 14, § 2, Dig *De legat.* 3. — *Vedi* l. 5, § 2; l. 61, § 6, Dig. *De legat.* 1).

Quando il legato sarà di una cosa indeterminata, lo erede non sarà obbligato a darla della migliore qualità, ma neppure potrà darla della qualità peggiore (art. 1022; l. 18, § 1, Dig. *De edilit. edicto*; l. 37 in pr., *De legat.* 1; l. 3, § 1; cod. *Communia de legatis*; l. 2, e 20, *De option. legat.*; l. 35, 2, cod. *De donat.*).

Il legato fatto ad un creditore non si riterrà come fatto in compenso del suo credito; nè il legato fatto ad un domestico, in compenso dei suoi salarii (art. 1023; l. 85, *De legat.* 2; l. 123, *De legat.* 1; l. 6, cod. *De haered. instit.*; l. unic.; § 3, cod. *De rei uxoriae actione*).

Il legatario a titolo particolare non sarà tenuto pei debiti dell'eredità, eccettuati i casi della riduzione del legato, com'è stato sopra disposto, ed eccettuata l'azione ipotecaria dei creditori. (art. 1024; l. 7, cod. *De haereditariis actionibus*).

Ricapitolazione secondo le vigenti leggi.

Qualunque persona capace di testare ha facoltà di disporre legati. Il modo di ciò fare è quello stesso che si dee osservare quando si dichiara validamente l'ultima volontà; il che può avvenire per testamento, codicillo, o patto successorio munito delle prescritte forme interne od esterne. La capacità poi di ricevere un legato è in chiunque abbia quella di succedere. Tra le persone che ricevono un legato si annoverano coloro che dal medesimo testatore sono instituiti eredi insieme ad altre persone. Eglino, riguardo alla disposizione particolare con cui vengono favoriti in concorso degli altri coeredi, la quale disposizione dicesi *pro legato*, debbono considerarsi soltanto come legatarii.

L'obbligo di soddisfare i legati incombe di regola, in proporzione delle quote ereditarie, a tutti gli eredi, anche nel caso in cui sia stata legata una cosa propria di qualche erede. La qual regola non è per altro di applicarsi quando il testatore impose particolarmente quest'obbligo ad un erede od anche a un legatario. Così trovasi stabilito anche dalla legge 124, Dig. *De legatis* 1, e dall'art. 1017 del cod. civ. franc. Il legatario non può esimersi dal soddisfare pienamente al legato ulteriore impostogli pel motivo che questo superi il valore della cosa lasciatagli. S'egli però non accetta il legato, quegli, a cui il legato si devolve, può assumere la incumbenza, o cederlo al legatario che ha l'assegno sulla cosa legata.

Sebbene il testatore non può affidare ad un terzo la nomina della

persona chiamata a conseguire ciò di cui il testatore va disponendo (Dig. *De conditionibus et demonstrationibus*), tuttavia ha la facoltà di ordinare un legato per una determinata classe di persone, come pei consanguinei, per le persone di servizio, o dei poveri, commettendo all'arbitrio dell' erede o di un terzo la distribuzione, a quali di queste persone e quanto a ciascuna di esse debba assegnarsi. Se il testatore non ha disposto nulla intorno a quest' oggetto, la scelta compete all' erede. È inoltre data la facoltà al testatore di ordinare, nel disporre del legato, la sostituzione volgare o fedecommessaria; nel qual caso si osserva quanto è prescritto nel precedente paragrafo; il che è anche conforme al diritto romano (l. 74, Dig. *De legatis* 1; l. 77, § 15, Dig. *De legatis* 2).

Oggetti de' legati sono le cose tutte che vengono nel commercio, siano anche diritti, opere ed altre azioni che hanno valore (Inst., § 4, *De legatis*). Se vengono legate cose che sono bensì in comune commercio, ma che il legatario non è che per la sua persona capace di possedere, si dee abbonargliene il valore ordinario (legge 40, Dig. *De legatis* 1).

Regole d' interpretazione de' legati.

La prima regola è d' intendere anche nei legati le parole secondo l' ordinario significato (cod. aust., § 655). Se il significato ordinario non corrispondesse a quello voluto dal rigore grammaticale, dovremmo scostarsi da questo ed attenersi al primo, come insegna anche Marcello nella l. 69, Dig. *De legatis* 3. Il fondamento di questa regola riponesi nella intenzione del testatore, a cui si dee precipuamente aver riguardo e dare adempimento (l. 11, Dig. *De legatis* 3.) Dal che consegue doversi recedere dall' ordinario significato delle parole: 1. Quando si provi che il testatore era solito di attribuire a certe espressioni uno speciale senso soltanto a lui proprio, giusta anche la legge 69, Dig. *De legatis* 3; 2. Quando, seguitando l' ordinario significato delle parole, il legato non sortirebbe veruno effetto (così anche la legge 109, Dig. eod. tit.).

La seconda regola è d' intendere le parole del testatore nel significato loro ordinario, (eccettuati i casi espressi nella regola precedente), quantunque la volontà del testatore non possa spiegarsi con alcuna delle cause moventi da noi conosciute, e sebbene sembri discostarsi essa di assai dalla maniera di adoperare le parole dimostrata dal testatore. Così Zeiller.

La terza regola è d' interpretare l' espressioni tecniche di una scienza o di un' arte professata dal testatore, secondo il significato che ne presentano periti accreditati nella scienza o nell' arte stessa ed i dizionarii migliori che ne trattano.

La quarta regola è quella, per cui se un testatore ha ordinato due cose che sono in opposizione tra loro, ed ha egualmente per-

severato nell' una e nell' altra di tale sua volontà, oppure non si possa discernere quali sia quella, nella quale ha persistito, e quale quella cui ha derogato, l' una e l' altra distruggonsi reciprocamente. Questa regola è conforme alla legge 188, Dig. *De regulis iuris*.

La quinta regola è che se l' opposizione di due cose ordinate dal testatore sussiste in due codicilli aventi date non eguali, il posteriore deesi al primo preferire (l. 12, Dig. *De legatis*. 3).

La sesta regola è doversi, in caso di dubbio sulla maggiore o minore quantità della cosa legata, decidere per la minore (l. 9, Dig. *De regulis iuris*), qualora per altro l' applicazione di questa regola non pregiudichi al principio, doversi una disposizione intendere in guisa, che abbia a produrre effetto (l. 12, Dig. *De rebus dubiis*).

La settima regola è che una disposizione concepita in plurale si divide in varie disposizioni particolari, quando dal complesso della dichiarazione di ultima volontà non emerga diversa essere stata la volontà del testatore. Se per esempio, un testatore abbia così legato: *lascio a Giulio ed a Tecla i mobili della mia stanza; se si troveranno al mio servizio al tempo della mia morte.* Benchè l' uno di essi non vi si trovasse, il legato è efficace per l' altro, come se il testatore avesse detto: *lego a Giulio i mobili della mia stanza se sarà al mio servizio quando morrò, lego a Tecla i mobili della mia stanza se sarà al mio servizio quando morrò.* Così argomentasi anche della legge 29, Dig. *De legatis* 3.

L' ottava regola è di riferire ciò ch' è posto in fine di una frase non solo alle espressioni che immediatamente precedono a quella, intorno alla cui estensione nasce il dubbio, ma anche a tutta la frase medesima, quando vi si armonizzi nel genere e nel numero. Per esempio, se taluno dispone così: *Lego alle persone di mio servizio le cose mie provvedute per oggetto di vitto ad eccezione delle bottiglie di vino che sono a Vicenza*; questa espressione *che sono a Vicenza* si riferisce non solo alle bottiglie di vino, ma all' intiera frase, e quindi il legato comprende soltanto le cose destinate pel vitto che sono a Vicenza (così Pothier, *Pand. Iustin.*, *De legat.*; n. 186, l. 4, § ult. Dig. *De poena legata*).

La nona regola è che una disposizione, la quale nei termini con cui è concepita non esprime nè tempo passato, nè futuro, si riferisce ordinariamente al tempo della dichiarazione di ultima volontà (l. 7, Dig. *De auro et arg. legato*; Pothier, loc. cit., n 200). Questa regola per altro non è applicabile, qualora non si tratti di un complesso di cose particolari formanti una massa, la natura delle quali cose sia per conseguente tale che le une possano alle altre venire surrogate. Imperciocchè in questa specie di legato, comprendonsi anche le cose che sono al tempo della morte, persino nel caso in cui la disposizione è concepita coi termini rife-

ribili al solo tempo presente (legge 19 e 28, Dig. *De instr. vel inst. legat.*).

La decima regola riguarda massimamente alla interpretazione *logica*, cui si dee ricorrere quando dalla *grammaticale* non ne sia fornito bastevole soccorso a torre di mezzo i dubii emersi. Nel qual caso vuolsi investigare la intenzione del testatore, procurando di desumerla da ogni parte della sua dichiarazione, dai suoi rapporti colla persona beneficata, dai sentimenti di gratitudine e di dovere ch' egli avesse dovuto professarle.

Regole particolari concernenti gli oggetti dei legati.

La prima regola versa intorno al legato di una o più cose di un certo genere. E questa parola *genere* esprime cose che dalla natura o dall' uomo ricevettero una determinata forma. Tre gradi si vollero distinguere circa questo genere. Il primo fu detto *generalissimo*, ed è quello che non reca veruna indicazione distinta, siccome un ente, una cosa, una sostanza. Il secondo chiamossi *subalterno*, il quale è bensì compreso nel primo, ma ammetta per altro una più prossima indicazione, come un corpo, un animale. Il terzo fu qualificato *infimo*, ed abbraccia parecchie distinte specie, come cavalli, tavola e simili. I due primi gradi del genere non possono convenire a questa trattazione, giacchè attesa la loro indeterminata ed incerta indole, inutile e ridicolo sarebbe un legato che li riguardasse. Quindi poi soltanto accade favellare del genere del succennato terzo grado. Nel legato di una o più cose di un certo genere esistenti nell' asse ereditario, delle quali il testatore non abbia più specialmente determinata la qualità, la scelta *di regola* compete all' erede. Il quale dee per altro, scegliere una cosa di cui il legatario possa far uso. Giusta il diritto romano, come insegnano gl' interpreti, nel legato di genere i confini del quale erano segnati dalla natura, come *un cavallo*, la scelta apparteneva al legatario (Inst., § 22, *De legatis*). Se il legato fosse stato di genere, i limiti del quale venivano determinati dall' uomo come *una casa*, la scelta apparteneva all' erede (l. 37, § 1; l. 39, § 1; l. 71, Dig. *De legatis* 1). Ma in ogni caso, chi sceglieva, doveva seguitare l' equità e tenersi fra l' ottimo ed il pessimo (l. 37, § 1; l. 110, Dig. *De legat.* 1). Dal legato di genere poi differiva il *legatum optionis*, nel quale la scelta era specialmente attribuita al legatario, che aveva facultà di scegliere anche la cosa migliore (l. 2, Dig. *De option. legat.*).

Quando sia stato permesso al legatario medesimo di prendere o scegliere una fra più cose, egli può scegliere anche la migliore (cod. civ. aust.), e quindi la regola suesposta non si applica la regola predetta, se il testatore ha lasciato ad un terzo la scelta di quella fra più cose che il legatario dee conseguire. Mancando ai vivi il legatario prima di fare la scelta a lui competente: e me-

desimamente, ove il terzo a cui fu commessa la scelta, ricusi di farla, e muoia prima di averla eseguita, il legato deve essere determinato dal giudice, avuto riguardo alla condizione ed ai bisogni del legatario, Giustiniano poi attribuì agli eredi del legatario la facoltà di eleggere, ch'esso in vita non avesse esercitata (Inst., § 23, *De leg.* l. ult., cod. *Communia de legat.*).

Nel legato generale di cose comprese in un determinato genere, l'enunciazione fatta dal testatore per abbondanza od imperizia di qualche specie veniente nel genere stesso, non vale di regola a far ritenere che il legato sia circoscritto alle specie enunciate. Imperciocchè la indicazione fatta per abbondanza tende anzi a dichiarare la volontà del testatore di comprendere la specie enunciata nel genere legato: e la indicazione fatta per imperizia ha del pari per iscopo di estendere il genere medesimo a quella specie intorno alla quale il testatore non perito aveva dubbio se si potesse ritenerla compresa nel legato di genere (l. 9, Dig. *De supell. leg.*). Quindi se Paolo avesse detto: Lego le cose mobili della casa che posseggo in Venezia, la biblioteca e gli argenti che ivi trovansi, non si presume che il legato sia circoscritto alla biblioteca, ed all'argenteria; e l'enunciazione dell'una e dell'altra ritengonsi fatte soltanto per togliere il dubbio che queste cose fossero o no comprese sotto la espressione generale di mobili di una casa. Ma se il testatore ha fatta enunciazione particolarizzata di varie specie dopo la indicazione del genere legato, è da presumere avere limitato il legato soltanto alle specie suddette. Così, se il testatore ha detto: Lego a Sulpicio i miei mobili che posseggo in Roma, consistenti in letti, tapezzerie, tavole, forzieri, vuolsi presumere avere egli voluto comprendere nel legato solo le cose enunciate (Pothier, *Pandect. Iustin. De legat.*). Ma allorquando il testatore ha fatto un legato di genere e poi enumerò alcune cose comprese in una specie, le altre che sono attinenti alla medesima non reputansi legate (l. 18, § 11, *De inst. vel intr.*; l. 1, Dig. *De auro et arg. leg.*; l. 100 § 1, Dig. *De leg.* 3). Quindi se un testatore dichiarò: Lego a Giovanni tutto quanto si trova nella mia casa di Tusculano, e le opere di Pothier in essa pure esistente, gli altri libri intendonsi esclusi dal legato.

Nel legato alternativo, ch'è quello con cui il testatore lascia due cose di diverso genere in modo che la consegna di una di esse liberi intieramente la persona obbligata ad adempire al legato stesso, la scelta si presume data alla persona medesima, cui incombe la esecuzione dell'ultima volontà del testatore.

Se il testatore espressamente ha legato della sua sostanza una o più cose di un certo genere, delle quali nessuna sia nell'asse suo ereditario, il legato è senza effetto (l. 32, § 2, Dig. *De leg.* 2). Che se esistano bensì, ma non nella quantità determinata, il legatario dee rimanere soddisfatto con quelle che vi sono. Quando all'opposto è legata una o più cose di un certo genere, non

espressamente della sostanza del testatore, e non si ritrovano cose simili nell'asse ereditario, l'erede è obbligato di acquistarle pel legatario nella qualità conveniente alla condizione ed ai bisogni di esso. Ed ove sia legata una quantità di danaro, l'erede deve pagarla, non avuto riguardo se vi sia o no danaro contante nell'asse ereditario (l. 3, Dig. *De trit. vin. vel oleo leg.*). Il legato di una cosa determinata, ripetuto in una o diverse disposizioni, non può dal legatario esigersi insieme e in natura ed in valore. Gli altri legati comechè comprendano una cosa dello stesso genere e una stessa quantità, debbono soddisfarsi tante volte al legatario quante furono ripetuti. Giusta la legge 34, Dig. *De legat.* 1, se la ripetizione del legato della cosa stessa emergeva fatta nello stesso testamento, il legato non si adempiva che una sola volta. Se la ripetizione emergeva in due atti di ultima volontà, il legatario aveva dritto alla cosa, non che al suo valore. E quando trattavasi di legato di una quantità replicata nello stesso testamento, doveva altrettante volte corrispondersi, se per prove evidentissima era dimostrato che il testatore aveva avuto intendimento di moltiplicare il legato.

Il legato è di nessun effetto allorchè la cosa legata era già in proprietà del legatario al tempo della disposizione di ultima volontà (Instit., § 10, *De legatis*). S'egli l'avesse acquistata posteriormente, è da distinguere il caso dell'acquisto fattone *a titolo oneroso*, dal caso dell'acquisto avvenuto per trasferimento *a titolo gratuito*, eseguito dallo stesso testatore. Nel primo di questi casi è dovuto alla persona beneficata il valore ordinario della cosa legata; nel secondo il legato dee ritenersi per non fatto. *Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem, et eamdem rem concurrere non posse* (Instit., § 6, *De legatis*).

Similmente è di nessuno effetto il legato della cosa altrui che non appartenga al testatore, nè all'erede od al legatario incaricato di darla ad un terzo. Ma se il testatore ha espressamente disposto che una determinata cosa appartenente ad altri sia comprata e data al legatario, nasce l'obbligazione in chi dee adempiere al legato di comperare la cosa legata dal suo proprietario a prezzo di stima, ove questi aderisca ad alienarla a tale prezzo; e quando non acconsenta, è in dovere di pagare questo prezzo al legatario. Allorchè poi all'erede od al legatario incaricato di dare la cosa legata competa una parte di essa, od un titolo sulla medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questo titolo od a questa porzione. E se la cosa legata sia sottoposta a pegno od altrimente aggravata, quegli che la riceve assume nello stesso tempo i pesi alla medesima inerenti. Nel dritto romano era fermo il principio essere obbligo dell'erede dare al legatario la cosa legatagli libera dai pesi cui fosse andata soggetta, quante volte il testatore conosciuto avesse il vincolo imposto alla cosa stessa.

Tra le cose incorporali che possono essere legate è il dritto del

creditore di conseguire il pagamento di quanto gli è dovuto. Il legato di questo diritto, disposto a vantaggio dello stesso debitore, dicesi legato di *remissione di debito*. Effetto di questo legato egli è di obbligare l'erede restituire il chirografo o rilasciare al legatario l'atto di liberazione del debito e degl'interessi non soddisfatti. La remissione de' debiti dee intendersi legata soltanto rispetto ai debiti esistenti nel tempo in cui è stato ordinato il legato, ma non anche a quelli nati posteriormente. Se col legato si rimette il dritto di pegno o la sicurtà non ne segue perciò che sia stato rimesso anche il debito. Se si prorogano col legato i termini del pagamento, si dee nulladimeno continuare il pagamento degl'interessi. Per l'opposto, secondo la l. 8, § 2, l. 20, Dig. *De liber. leg.*, il legatario non era tenuto durante la dilazione legata a pagare le usure.

Dal legato di remissione di debito vuolsi distinguere il legato di *credito*, mediante il quale il testatore lega ad alcuno ciò che a lui è dovuto da un terzo *(legatum nominis seu actionis)*. Questo legato ingenera la obbligazione nell' erede di cedere al legatario il credito cogl' interessi scaduti e futuri (Instit., § 21, *De legat*; l. 34, Dig. *De legat.* 3). Nel legato di tutti i crediti non si comprendono i crediti consistenti in pubbliche obbligazioni, nè i capitali inscritti sopra beni immobili, nè le pretensioni nascenti da un dritto reale.

Oltre il legato di credito uopo è favellare del legato di debito, il quale è quello fatto dal debitore, al suo creditore di quanto dee a quest'ultimo. Comechè a prima giunta sembri inutile questo legato, può nullostante produrre i seguenti vantaggiosi effetti pel creditore (Instit. § 14, *De legat.*): 1. Obbliga l'erede a riconoscere il debito espresso distintamente dal testatore ; o se non fu determinato da questo , l' erede è tenuto di riconoscere il debito secondo la determinazione dimostrata e provata dal legatario. Nulladimeno la ricognizione del debito fatta dal testatore , la quale fosse per recare pregiudizio a'suoi creditori, non è loro di nocumento ; 2. Se il debito è condizionale diventa assoluto e puro ; 3. Se il debito debba a tenore del suo titolo pagarsi in un tempo più lungo di quello, alla scadenza del quale i legati debbono soddisfarsi, diventa maturo quando si verifica questa scadenza; 4. Se il debito riguardo alla sua causa venisse estinto per la prescrizione in un tempo più breve dell' ordinario , il legatario si gioverebbe del termine ordinario contra l'erede del testatore. Se per altro il testatore dee ad alcuno una somma e lega al medesimo una somma eguale, non si presume che abbia voluto col legato soddisfare il debito. L'erede in questo caso dee pagare la stessa somma due volte, come debito l' una, l'altra come legato.

Ai legati, cui la legge specialmente riguarda, appartiene anche il legato di *dote*, la quale consiste in ciò che dalla moglie o da un terzo in suo nome si dà o si promette al marito per alleggerire il dispendio congiunto colla società coniugale. Questo legato può

essere disposto: 1. Dalla moglie a vantaggio del marito; 2. Da questo a pro di quella; 3. Da un testatore a favore di una terza persona; 4. Dai genitori verso le loro figlie.

Il legato di dote ordinato dalla moglie a favore del marito, il quale è tenuto alla restituzione della dote stessa, è un legato di remissione del debito medesimo, e perciò è applicabile a questo legato ciò che abbiamo detto sopra circa tale legato.

Il legato di dote disposto dal marito in vantaggio della moglie avente dritto alla restituzione, è un legato di debito. Questo legato, oltre all' effetto precipuo di obbligare gli eredi del marito a consegnare alla moglie la somma o cosa portata in dote senza prove, ingenera anche gli altri effetti proprii del legato di debito; ed altresì quello di esonerare la moglie legataria dall'obbligo di pagare agli eredi suddetti le spese impiegate dal marito nella cosa dotale. Questo legato era detto *prelegato di dote*, siccome la moglie ha già dritto alla restituzione della dote. Da cotale privilegio derivavano i seguenti vantaggi alla moglie: 1. Il dritto di chiedere il pagamento della dote, tosto avvenuta la morte del testatore; 2. La estinzione dei patti sfavorevoli alla dote, formati durente il matrimonio (l. 1, Dig. *De dote praeleg.*) 3. Il non soggiacere alla detrazione della quarta falcidia (l. 57 , Dig. *Ad leg. falcid.*) ; 4. L' obbligo di pagare la dote prelegata alla moglie , sebbene il marito non avesse ricevuta dote alcuna , sempreché nel prelegato fosse stata determinata la quantità della dote (Instit., § 15, *De legat.*); 5. La non influenza di qualunque statuto non favorevole alla moglie rispetto alla dote, come quello che attribuito avesse al marito la facoltà di lucrare la dote; 6. Il disobligo della moglie del pagare le spese impiegate dal marito nella cosa dotale (l. 1, § 4, Dig. *De dote praeleg.*; l. 41, § 1, *De legat.* 2).

Il legato di dote fatto ad una terza persona se non ne sia determinata la quantità, si dee intendere di quella dote che il padre della legataria, quando egli fosse di mediocre facoltà, le dovrebbe costituire secondo la sua condizione , non avuto verun riguardo alla sostanza propria della legataria medesima.

Il legato di dote ordinato dai genitori alle figlie si imputa nella porzione ad esse spettante nella successione intestata o testamentaria, a meno che non sia stata espressamente lasciata la dote a titolo di prelegato.

Tra i legati speciali hannovi eziandio quelli di *alimenti* ossia di *mantenimento*; di *educazione*, di *vitto*. Il legato di *alimenti* comprende il vitto cioè cibo e bevanda, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie al legatario ed inoltre la necessaria sua istruzione: e questo legato dura per tutta la vita. Il legato di educazione contiene del pari tutto ciò comprendesi nel legato di alimenti , dal quale diversifica solo nella durata , perchè la educazione termina colla maggiore età. Il legato di *vitto* il quale comprende, come abbiamo detto, cibo e bevanda, è dovuto per tutta

la vita del legatario. La misura, nella quale debbono pagarsi i detti legati, deve essere quella manifestata *espressamente o tacitamente*, cioè desunta dal sussidio da esso prestato al legatario nel tempo più prossimo alla morte del primo: *Eam praestationem sequendam quae novissima fuit* (l. 14, §. 2, Dig. *De alim. vel cib. leg.*). E mancando questa norma, la misura dee determinarsi secondo la condizione propria del legatario o quella a cui è stato preparato col precedente trattamento.

Il legato di *mobili* comprende soltanto le cose mobili occorrenti all'uso decente dell'abitazione.

Il legato di *suppellettili o dell' arredo di casa* è più esteso; posciacchè oltre le cose cadenti nel legato di mobili, comprende anche gli utensili necessarî per la economia della casa, sebbene, senza una più precisa dichiarazione, non vengano in esso legati gli strumenti necessari all'esercizio di un'arte o di una professione.

Nella suppellettile i romani giureconsulti comprendevano ciò che da un padre di famiglia era preparato pel cotidiano uso, meno per altro l'oro, l'argento, gli ornamenti, i vestiti, gli strumenti dei fondi e delle case, gli animali, (l. 1, 2, 7, §. 1, *De suppellect. leg.*). In appresso s'intesero compresi nella detta parola anche i libri, i vestiti, i vasi d'argento preparati dal testatore per l'uso cotidiano (l. 3, §. 2, e 5, l. 9, §. 1, Dig. d. tit.).

Nel legato di un *ripostiglio* bisogna distinguere se il ripostiglio formi soltanto parte di qualche tutto, sicchè non sussista da sè: o se il ripostiglio sia mobile, od almeno esista separatamente per sè. Nel primo caso si presume di regola che siano state legate solo quelle cose che sono al tempo della morte del testatore nel ripostiglio, ed alla custodia delle quali questo fu per sua natura destinato, o adoperato ordinariamente dal testatore. Se al contrario il ripostiglio è mobile, od almeno esiste separatamente per sè il legatario può domandare il ripostiglio soltanto, escluse le cose che vi si trovavano.

Nel legato di uno scrigno, di un armadio o di una cassetta *con tutte le cose ivi esistenti*, s'intendono venire anche l'oro, l'argento, le gioie, il denaro contante, ed anche i chirografi d'obbligazione del legatario verso il testatore. Gli altri chirografi od istromenti su i quali si fondano i crediti ed i dritti del testatore, non si ritengono compresi nel legato, se non quando, essi eccettuati, null'altro sia nello scrigno, nell'armadio o nella cassetta.

Nel legato delle *cose fluide* è compreso tutto ciò che come fluido, serve di bevanda anche medicinale, non che vi si comprendono i vasi destinati al trasporto di esse cose; (l. 9, e seg., Dig. *De trit., vin. et oleo leg.*).

Nel legato di *gemme* vengono d'ordinario le sole pietre preziose e le perle buone.

Nel legato di *gioie* si comprendono anche le pietre false e gli

ornamenti composti o coperti d'oro e d'argento, destinati ad ornare le persone.

Nel legato di *abbigliamento* s' intendono comprese quelle cose che, eccettuate le gioie e le vesti, servono all' abbigliamento delle persone, alle quali cose appartengo anche i merletti. Sotto la parola *vesti* s' intendono tutte le cose che servono a coprire il corpo, ma con esse non si hanno a confondere la biancherie.

Il legato d'*oro* e dell'*argento*, comprende il lavorato, ed il non lavorato, *sive factum sive infectum sit* (l. 19, Dig. *De auro et arg.*), ma non quello in moneta; nè quello che costituisce soltanto una parte od ornamento di un altro effetto ereditario, come, a cagion d' esempio, di un orologio, di una tabacchiera.

Il legato di un *equipaggio* intendesi costituito dei cavalli coi soliti fornimenti da tiro e dei cocchi ch' erano destinati al comodo del testatore, esclusi i cavalli da sella e gli arredi ad essi appartenenti.

Al *danaro contante* legato appartengono, oltre al danaro monetato che trovasi in corso, anche quelle carte di pubblico credito che nell' ordinario commercio tengono luogo di danaro effettivo.

Regole speciali intorno alle persone cui sono lasciati i legati.

La parola *figli* impiegata dal testatore ordinando un legato, ha un significato meno o più esteso secondo ch' egli abbia instituito i figli di un altro ovvero i suoi figli propri. Nel primo caso comprende soltanto i figli e le figlie; nel secondo caso dinota anche i discendenti dei figli di primo grado, che succedono in loro luogo, i quali discendenti erano generati già al tempo della morte del testatore.

La devoluzione del legato disposto a favore dei *consanguinei* deve essere regolata procedendo alla distinzione seguente : Se i consanguinei sono di un altro, conseguiscono il legato quelli che vengono scelti dal terzo cui il testatore attribuì l' opportuna facoltà; e se il testatore non ha disposto intorno a questo oggetto, la scelta compete all' erede. Se trattisi in vece di consanguinei del testatore medesimo, il legato cede a vantaggio di quelli che sono i più prossimi, secondo l' ordine della successione intestata; ed è bisogno d' applicare anche ai legati la regola stabilita sulla divisione dell' eredità fra quelli che si considerano per una sola persona. Il paragrafo del codice che stabilisce questa regola è così concepito: Se fra gli eredi instituiti concorrono tali persone, alcune delle quali debbono nella successione intestata considerarsi rispetto agli altri come una sola persona (per esempio i figli di fratello relativamente al fratello del testatore), queste dovranno riguardarsi per una persona sola anche nella divisione dell' eredità devoluta in forza di testamento. Una corporazione, una comunità,

una congregazione (per esempio, i poveri) si considerano sempre come una sola persona.

Il legato disposto a favore delle persone di servizio del testatore stesso, delle quali egli non ha dato ulteriore indicazione, si presume conferito a quelle che si trovano al suo servizio nel tempo della sua morte. Nondimeno tanto in questo, quanto in tutti gli altri casi, la presunzione può essere tolta da contrari e più forti motivi di presunzione. Se il legato è disposto a vantaggio delle persone di servizio di un altro, sembra doversi presumere contemplate le persone di servizio ch'erano al tempo della dichiarazione di ultima volontà.

Quando il legatario acquisti il dritto al legato e che sia necessario ad acquistare la proprietà della cosa legata.

Il legatario di regola acquista per sè e pei suoi successori il dritto al legato subito dopo la morte del testatore (l. 5, Dig. *Quando dies legat.*). Questa regola non è applicabile al legato, cui è apposta una condizione possibile e lecita, per cui il dritto che ne dipende non può ottenersi se non mediante l'esatto adempimento della condizione medesima (l. 4, 13, Dig. *Quando dies legat.*; l. 75, Dig. *De condit. et demonstr.*).

Il dritto poi di proprietà sulla cosa legata non può acquistarsi se non secondo le disposizioni intorno all'acquisto della proprietà. (Vedi *acquisizione*, *proprietà*). Questo paragrafo del codice, riferendosi alle disposizioni versanti intorno all'acquisto della proprietà, ammette il bisogno della consegna della cosa legata, e rispetto alle cose immobili legate è anche necessaria la iscrizione ne' libri pubblici della disposizione del testatore. D'onde segue che il legatario all'appoggio del solo titolo non può promuovere l'azione di revindicazione della cosa legata, essendo che il suo titolo non basta all'acquisto della proprietà, eccettuati i casi determinati dalla legge, fra i quali havvi quello del legato. Prima della consegna compete al legatario soltanto l'azione *ex testamento* contra l'erede, diretta ad ottenere l'adempimento del legato. Ma giusta il dritto romano gli apparteneva anche l'azione di revindicazione derivante dal dritto di proprietà che *recta via* passava nel legatario dopo la morte del testatore (l. 64, Dig. *De furtis*).

In qual tempo i legati debbono soddisfarsi.

A determinare il tempo in cui i legati debbono soddisfarsi è mestieri distinguere: 1. I legati di cose speciali dell'eredità, di dritti che alle cose stesse si riferiscono, delle piccole rimunerazioni alle persone di servizio, i legati pii, gli alimenti; 2. I legati aventi per oggetto altre cose; 3. I legati disposti a tempo determinato. I primi si possono esigere subito dopo la morte del

testatore; i secondi non si possono domandare che un anno dopo la morte di esso; quei della terza specie debbonsi soddisfare quando il tempo è venuto, sebbene non sia decorso il detto termine di un anno. Dal che segue che nel legato di una cosa speciale esistente nell'eredità cedono al legatario anche gl'interessi correnti, gli utili sopravvenuti e qualunque altra accessione dal tempo della morte del testatore. E per ragione analoga il legatario sostiene tutti i pesi inerenti al legato, ed anche il danno, se senza colpa altrui l'oggetto legato diminuisse o perisse totalmente. Il dritto romano (Novell. 131, cap. 12) disponeva che i frutti decorressero dalla morte del testatore quanto ai legati ordinati in favore di pie cause; ed egual sentenza poteva desumersi rispetto agli alimenti dalla l. 18, § 1, Dig. *De alim. vel cib. leg.* Ma, di regola, ad attribuire il dritto ai frutti della cosa era necessaria la contestazione della lite (l. 1, 4, cod. *De usur. et fruct. legator.*). Per ciò che concerne le accessioni la romana legislazione in moltiplici leggi, fra le quali havvi la l. 69, § 3; l. 116, § 4. *De legat.* 1, sancisce doversi consegnare la cosa legata al legatario cogli accessori, e nello stato in cui si troverà nel giorno della morte del testatore.

Nel legato di una determinata quantità da soddisfarsi in termini periodici, come ogni anno, ogni mese, od in altro tempo, il legatario acquista il dritto a tutta la quantità dovuta per uno dei termini, ancorchè abbia sopravvivuto soltanto al principio del termine stesso. Non può però esigerlo se non dopo che il termine sia scaduto. Il primo termine comincia col giorno della morte del testatore. Pel dritto romano (l. 4, Dig. *De ann. leg.*) il legato di che si parla riputossi comprendere tanti legati quante sono le somme che debbono essere pagate nei termini stabiliti; e Sabino scrisse che, rispetto al primo termine, il legato è puro e quanto ai termini successivi è dipendente dalla condizione *si legatarius vivat.*

Il legatario essendo parificato ad un creditore, può esigere cauzione pel suo legato in tutti i casi, nei quali un creditore può esigere la cauzione del debitore. E come un creditore può ottenere la prenotazione del suo credito sui beni immobili del debitore, o sopra un credito ipotecato di questo, medesimamente può ottenerla un legatario in sicurezza del pagamento della somma legatagli. Per acquistare la proprietà di una cosa immobile legata non basta che la disposizione del testatore sia stata inscritta in genere nei libri pubblici; quegli che ha un dritto di tale natura dee inoltre ottenere l'inscrizione speciale del legato, dall'autorità competente.

Pel dritto romano il legatario era investito del dritto del pegno legale sugl'immobili egualmente ereditari, dal qual dritto scaturiva l'azione ipotecaria (l. 1, cod. *Comm. de legat.*). Inoltre il legatario nominato sotto condizione o dopo un certo tempo aveva fa-

coltà di chiedere cauzione a chi era gravato del legato pel soddisfacimento di questo (l. 1, Dig. *Ut legat. seu fideicom. serv.*).

A chi sia devoluto un legato vacante; e dritto dell'erede se i pesi esauriscono o sorpassino l'asse ereditario.

Il legato che il legatario non può o non vuole accettare, cede al sostituito. Se non esiste alcuo sostituito, e se tutto il legato fu lasciato a più persone o indivisamente o espressamente per eguali porzioni, la porzione vacante accresce ai collegatari nello stesso modo che l'eredità ai coeredi. Fuori di questi due casi, il legato vacante rimane nella massa ereditaria.

Se i legati esauriscono l'intiera eredità, non può esigersi dall'erede che il risarcimento delle spese fatte in vantaggio della massa ed una rimunerazione proporzionata alla sua fatica. S'egli stesso non vuole amministrare l'eredità, dee chiedere che sia costituito un curatore (cod. civ. aust., § 690). Per la legge Falcidia venne stabilito che all'erede od agli altri eredi nominati avesse da rimanere la quarta parte dell'asse ereditario (Instit., princ. *De leg. Falcidia*). — Vedi *falcidia*.

Se la massa ereditaria non basta per tutti i legati, si dee in preferenza a tutti gli altri soddisfare il legato di alimenti, e gli alimenti sono dovuti al legatario dal giorno della devoluta eredità. Giusta le leggi romane il testatore poteva sottrarre all'azione della legge Falcidia qualche legato od anche tutti (l. 64, Dig. *Ad leg. Falcid.*; Novel. 1, cap. 2).

Non bastando l'asse ereditario al pagamento dei debiti e di altre spese d'obbligo, ed a soddisfare a tutti i legati, questi si diminuiscono in proporzione. Perciò lo erede finchè sussiste questo pericolo, non è obbligato al pagamento dei legati senza cauzione.

Che se i legatari hanno già ricevuto i loro legati, la quantità da detrarsi si determina secondo il valore che aveva il legato al tempo in cui fu ricevuto e secondo gli utili che ne sono ritratti. Il legatario però, anche dopo ricevuto il legato, può sempre, per evitare questa diminuzione, restituire alla massa ereditaria il legato od il valore sopraccennato e gli utili percetti. Riguardo ai miglioramenti o deterioramenti, egli è trattato come un possessore di buona fede.

Le disposizioni fatte secondo le leggi politiche nel testamento a vantaggio dei poveri, dei militari invalidi, degli spedali e della pubblica instruzione non debbono riguardarsi come legati, ma prestarsi dagli stessi eredi legittimi come pubbliche imposte, e non considerarsi secondo i principii del dritto privato, ma soltanto secondo i regolamenti pubblici.

LEGATO PONTIFICIO. Chiamasi legato, *legatus*, del papa o della santa sede un ecclesiastico che fa le funzioni di vicario del

papa, e che esercita la sua giurisdizione ne' luoghi ove il papa non può trovarsi. Il papa dà qualche volta la facoltà di legato senza conferirne il titolo nè la dignità.

Il titolo di legato sembra preso dal dritto romano, secondo il quale chiamavansi legati le persone che gli imperatori od i primi magistrati mandavano nelle provincie per esercitarvi in loro nome la giurisdizione. Quando questi legati o vicarii erano tratti dalla corte dell'imperatore, chiamavansi *missi de latere*, d'onde forse è derivato il titolo di legati *a latere*.

I primi legati del papa di cui la storia ecclesiastica faccia menzione sono quelli che i papi mandarono nel nono secolo ai concilii generali: Vito e Vincenzo sacerdoti, assistettero al concilio generale di Nicea come legati del papa Silvestro. Il papa Giulio non potendo assistere in persona al concilio di Sardico, vi mandò in sua vece due sacerdoti ed un diacono. Al concilio di Milano il papa Tiberio inviò tre legati, Lucifero vescovo di Cagliari, Pancrazio sacerdote, ed Ilario diacono.

I Papi mandavano qualche volta vescovi ed anche semplici sacerdoti nelle provincie lontane per esaminare ciò che vi fosse di contrario alla disciplina ecclesiastica e farne loro rapporto. Così il papa Zosimo mandò il vescovo Faustino in Africa per farvi ricevere il decreto del concilio di Sardico risguardante la revisione del processo dei vescovi giudicati dal concilio provinciale.

Trovansi fino dall' anno 683 legati ordinarii; il papa Leone mandò in quell'anno a Costantinopoli il suddiacono Costantino, per risiedere colà in qualità di legato.

I legati straordinarii, la missione dei quali limitavasi ad un solo oggetto particolare, non avevano che un potere assai limitato. Quelli poi che avevano legazioni ordinarie o vicariati apostolici, avevano un potere assai più esteso; il vescovo di Tessalonica, in qualità di legato o vicario della santa sede, governava undici provincie, confermava i metropolitani, convocava i concilii e decideva tutte le cause maggiori: Giustiniano ottenne dalla santa sede un vicariato pel vescovo di Acride; ma questo vicariato fu poscia soppresso allorquando Leone lo Isaurico sottomise l'Illirio al patriarca di Antiochia.

Fino dal dodicesimo secolo distinguevansi due sorta di legati; gli uni erano vescovi od abbati di un paese; altri erano mandati da Roma. I prelati dei luoghi erano pure di due sorta; gli uni stabiliti per commissione particolare del Papa; gli altri per la prerogativa della loro sede; e questi secondi dicevansi *legati nati*, come gli arcivescovi di Magonza, di Cantorberi, ec.

I legati mandati da Roma chiamavansi *legati a latere* per indicare che sono mandati dal Papa come a fianco della sua persona. Questa espressione era ricavata dal concilio di Sardico nel 347.

I legati *a latere* tengono il primo grado tra quelli, che sono

onorati della missione della santa sede; secondo l'uso degli ultimi secoli, essi sono cardinali che il Papa dava dal santo collegio, ch'è riguardato come il suo consiglio ordinario, per mandarli nei varii stati con la pienezza del potere apostolico. Siccome eglino sono superiori agli altri in dignità, così hanno pure un potere assai più esteso, e specialmente per la collazione dei beneficii, come risulta dal capo *Officii*, *De officio legati*, in VI.

Quelli che sono onorati della legazione senza essere cardinali, sono i nunzii e gl'internunzii, i quali esercitano una giurisdizione in qualche paese. I loro poteri sono meno estesi che quelli dei legati cardinali.

I legati nati sono vescovi, alle sedi dei quali è annessa la qualità di legato della santa sede.

Benchè il Papa dia ai legati *a latere* una pienezza di potere, essi sono tuttavia sempre riguardati come vicarii della santa sede, e non possono nulla decidere sopra certi affari importanti senza una facoltà speciale espressa nelle bolle della loro legazione; tali sono la translazione dei vescovi, le soppressioni, le erezioni, le unioni dei vescovadi, e le bolle dei beneficii concistoriali, la collazione dei quali è riservata espressamente alla persona del Papa dal concordato.

Allorquando un affare ch'era della giurisdizione del legato, viene portato al Papa, sia che il legato lo abbia egli stesso spedito, sia che le parti siansi direttamente rivolte alla santa sede, il legato non può più farne cognizione, sotto pena di nullità.

Il potere generale che il Papa dà ai suoi legati in un paese, non impedisce ch'egli non possa in appresso mandare a qualche altra persona particolare per un dato affare.

Oltre i legati che il Papa invia straordinariamente, secondo le varie circostanze, ve ne sono sempre quattro che governano in qualità di legati propriamente detti, altrettante provincie dello Stato pontificio; cioè il legato di Ravenna, di Bologna, di Ferrara e d'Urbino.

LEGATORIO. Termine che si usa parlando del governo degli antichi Romani. Augusto divise le provincie dell'impero in *consolari*, *legatorie* e *presidiali*. Le provincie legatorie erano quelle, delle quali l'imperatore egli stesso era governatore, ma non vi risiedeva, amministrandone gli affari col mezzo dei suoi luogotenenti o legati.

LEGAZIONE. È la carica, o funzione, o dignità di un legato della santa sede. S'intende pure qualche volta pel suo tribunale, per la sua giurisdizione; qualche volta eziandio la parola *legazione* è presa pel territorio in cui si estende il suo potere. — Vedi *legato pontificio*.

LEGGE. È una regola prescritta dal sovrano di una società ai suoi sudditi, per impor loro l'obbligo di fare o di non fare alcune azioni o di ommetterne alcune altre sotto minaccia di qualche pena.

Diciamo che la legge è una regola: ed in primo luogo, per indicare ciò che la legge ha di comune col consiglio, osserviamo, che l'una come l'altra sono regole di condotta; ed in secondo luogo, per distinguere la legge dagli ordini passaggeri che un superiore può dare, osserviamo che questi non essendo regole permanenti della condotta dei sudditi non sono propriamente leggi. L'idea di regola rinchiude principalmente queste due cose, l'universalità e la perpetuità; e questi due caratteri essendo essenziali alla regola considerata in generale, servono pure a distinguere la legge da qualunque altra volontà particolare del sovrano.

Abbiamo aggiunto che la legge è una regola prescritta; perciocchè una semplice risoluzione concentrata nella mente del sovrano, senza manifestarsi con qualche segno esterno, non sarebbe una legge. È mestieri che questa sia notificata ai sudditi in un modo conveniente, affinchè essi sappiano ciò che il sovrano esiga da loro, e conoscano la necessità di conformarvi la loro condotta. Per altro, in qualunque modo si faccia questa manifestazione sia a viva voce, sia per iscritto o altrimenti, la cosa è indifferente. Basta che i sudditi siano bene instruiti della volontà del legislatore.

La legge è prescritta dal sovrano, ed è ciò che la distingue dal consiglio che viene da un amico, da un eguale, che come tale non ha verun potere sopra di noi, e gli avvisi del quale, per conseguenza, non hanno la medesima forza e non producono la medesima obbligazione che la legge, la quale, emanando dal sovrano, ha per appoggio il comando e l'autorità di un superiore. Si segue il consiglio per ragioni dedotte alla natura stessa delle cose: si obbedisce alla legge, non solamente in vista delle ragioni, sopra la quali essa è fondata, ma eziandio a causa dell'autorità del sovrano che la prescrive.

Fine e carattere delle leggi.

Ogni società esige per sè stessa che si provveda al bene di tutti coloro che ne fanno parte; questo è un principio, sopra il quale bisogna giudicare del fine delle leggi; e questo fine, considerato relativamente al sovrano, non dee aver nulla di opposto al fine di queste medesime leggi considerato relativamente ai sudditi.

Il fine della legge riguardo ai sudditi è che i medesimi vi conformino le loro azioni, e che con ciò si rendano felici. Riguardo al sovrano, lo scopo ch'egli ha per sè stesso, dando leggi ai sudditi, è la contentezza e la gloria che gli ridondano quando egli può adempiere le sagge mire che si propone per la conservazione

ed il ben essere di coloro che gli sono sommessi. Laonde questi due fini non debbono essere disgiunti. L'uno è naturalmente collegato all' altro ; non è che il ben essere de'sudditi che faccia la contentezza e la gloria del sovrano.

Non pensiamo adunque che le leggi siano fatte propriamente per imporre un giogo agli uomini. Un fine così poco ragionevole sarebbe indegno di un sovrano che per sua natura deve essere altrettanto buono che savio e potente e che agisce sempre secondo le sue perfezioni. Diciamo piuttosto che le leggi sono fatte per obbligare i sudditi ad agire a seconda de' loro veri interessi ad entrare nella via più sicura e migliore per condurli alla loro destinazione ch' à la felicità. Con questa mira il sovrano vuole dirigerli meglio che non potrebbero farlo eglino stessi, e pone un freno alla loro libertà , per timore che non ne abusino a danno del loro proprio bene e del bene pubblico. In una parole, il sovrano comanda ad essere ragionevoli, ed egli tratta seco loro guidato da questa considerazione; tutti i suoi ordini banno l'impronta della ragione; vuole regnare sopra gli animi; e se talvolta impiega la forza, ciò fa per ricondurre alla ragione coloro che aberranno contra il loro proprio bene e contra il bene della società.

La natura ed il fine delle leggi fanno conoscere quale ne sia la loro materia ossia l' oggetto. Si può dire in generale , che il loro oggetto siano tutte le azioni umane ; per quanto almeno la direzione di queste azioni può essenzialmente contribuire al bene particolare di ciascuno, ed al bene della società in generale.

Ciò suppone naturalmente tre condizioni: 1. Che le cose ordinate dalla legge siano possibili nella loro esecuzione ; porciocchè sarebbe una follia, anzi una crudeltà , l' esigere da qualcuno sotto la minima pena ciò ch' è stato sempre al di là delle sue forze ; 2. Bisogna che la legge sia di qualche utilità ; perciocchè la ragione non permette che si vincoli la libertà dei sudditi uninamente per inceppparla , e senza che ne torni alcun bene ; 3. Finalmente bisogna che la legge sia giusta in sè stessa, vale a dire, conforme all' ordine, alla natura delle cose ed alla costituzione dell'uomo ; ed è ciò che esige l'idee della regola, la quale, come abbiamo veduto, è la stessa che quella della legge.

A queste tre condizioni , che si possono chiamare i carattere interni della legge, cioè che sia possibile, giusta ed utile, si possono aggiungere due altre condizioni in qualche guisa esterne ; l' una che la legge sia sufficientemente notificata ; l' altra che sia accompagnata da una conveniente sanzione.

È necessario che le leggi siano notificate ai sudditi. E , in vero, come potrebbero esse attualmente regolare le loro azioni ed i loro andamenti, se non fossero conosciute ? Il Sovrano dee adunque pubblicare la leggi in un modo solenne, chiaro e distinto. Ma poi spetta ai sudditi d' instruirsi della volontà del Sovrano; e l' ignoranza o l' errore in cui essi possono rimanere a questo riguar-

do, non potrebbe, generalmente parlando, servire di scusa legittima in loro favore. Questo è ciò che vogliono dire i giureconsulti, quando pongono per massima che l'ignoranza e l'errore di dritto è pregiudizievole e condannabile. Diversamente, l'effetto delle leggi si ridurrebbe a nulla, e si potrebbe sempre deluderle impunemente, sotto pretesto di averla ignorate.

Ne' primi tempi, prima dell' invenzione della scrittura le leggi eran poste in versi che si cantavano di quanto in quanto per tenerle bene in mente. Ciò fece dare il medesimo nome alle leggi ed alle canzoni, νόμος. Aristotile ne' suoi problemi cercando la ragione di questa conformità di nome tra due cose cotanto differenti, dice ciò derivare dal perchè prima della cognizione della scrittura, le leggi si cantavano per imprimerle nella memoria. Questo uso invalse talmente nella Grecia, che continuò anche dopo introdotta la scrittura. Il banditore che pubblicava le leggi nella maggior parte delle città greche doveva avere un tuono di voce regolare ed una declamazione con cadenze. La proclamazione era accompagnata dal suono della lira, come nelle azioni sulla scena.

2. Bisogna inoltre che la legge sia accompagnata da una sanzione conveniente.

Ogni legge ha dunque due parti essenziali; la prima è la disposizione della legge ch' esprime il comando o il divieto: la seconda è la sanzione che pronunzia il castigo; ed è la sanzione quella che fa la forza propria e particolare della legge. Perciocchè, se il sovrano si contentasse di ordinare semplicemente o di vietare certe cose, senza aggiungervi alcuna minaccia, non sarebbe più una legge prescritta con autorità, sarebbe un semplice consiglio; ed il riconoscere una legge senza convenire della sua sanzione, è lo stesso che ricevere un ordine senza credersi in obbligo di obbedirvi. Ogni legge dee adunque essere accompagnata da una sanzione conveniente, senza di che dessa non è più legge. Non ignoriamo che i giureconsulti romani fanno menzione di alcune leggi che chiamano *imperfette*, perchè non contengono veruna sanzione. Ma questa distinzione sembra vana, almeno se si giudica dall' esempio che viene citato di leggi di tal genere. Si tenda che la legge Cincia ne sia una; essa vietava agli avvocati di ricevere regali o danaro dai loro clienti, ciò che diede motivo a Plauto di chiamarla *lex numeralis*. Ricevatte essa il suo primo nome da M. Cincio, tribuno della plebe che ne fu l' autore l' anno di Roma 549; e si pretende che sia stata fatta senza clausola penale. Per altro aveva la clausola che *chiunque vi avesse contravvenuto sarebbe riputato colpevole di una cattiva azione*. Ora si domanda, se una legge che congiunga alla sua trasgressione una specie d' infamia od una diminuzione della pubblica estimazione, possa essere riguardata come non avente veruna minaccia? In una parola, una legge senza sanzione, non è una legge.

Del resto, non è assolutamente necessario che la natura o la

qualità della pena sia formalmente specificata nella legge: basta che il sovrano dichiari ch' egli punirà, riservandosi di determinare la specie ed il grado della punizione secondo la sua prudenza.

Si osservi ezisndio che il male costituente la pena, propriamente detta, non deve essere un effetto naturale od una conseguenza necessaria dell'azione stessa che si dee punire; ma piuttosto un male, per così dire, accidentale ed inflitto dalla volontà del sovrano in occasione dell'azione medesima. E, in vero, tutto ciò che l'azione può avere per se stessa di cattivo e di pericoloso ne' suoi affatti e nelle sue conseguenze inevitabili, non potrebbe essere riguardato come proveniente dalla legge, poichè tutto ciò accadrebbe egualmente senza di lei. Bisogna dunque che le minacce del sovrano, per essere di qualche peso, pronunciino pene differenti dal male che risulta naturalmente dalla natura delle cose.

Si domanda se la sanzione delle leggi possa consistere nella promessa di una ricompensa, del pari che nella minaccia di qualche pena? Si risponde che, in generale, ciò dipende assolutamente dalla volontà del sovrano, il quale può, secondo la sua prudenza, scegliere l'una o l'altra delle due vie, od anche impiegarle entrambe. Ma siccome trattasi qui di sapere quale sia il mezzo più efficace di cui il sovrano possa servirsi per ottenere l'osservanza delle sue leggi, e siccome egli è certo che l'uomo è naturalmente più sensibile al male che al bene; così sembra più conveniente di stabilire la sanzione delle leggi nella minaccia di qualche pena piuttosto che nella promessa di una ricompensa. L'uomo non si determina a violare le leggi che colla speranza di procurarsi qualche bene apparente che lo seduce. Laonde, il miglior mezzo d'impedire la seduzione, è quello di togliere quest'attrattiva e di congiungere in vece alla violazione della legge un male reale ed inevitabile. Se si supponga che due legislatori volendo stabilire una medesima legge, propongano, l' uno grandi ricompense, l' altro pene rigorose, è ben certo che il secondo indurrà più facilmente del primo gli uomini all'obbedienza. Le più belle promesse non determinano sempre la volontà, ma l'aspetto di un supplicio rigoroso scuota e spaventa.

L' obbligo che le leggi impongono ha precisamente altrettanta estensione che il dritto del sovrano, e per conseguenza si può dire in generale, che tutti coloro che sono sotto la dipendenza del legislatore trovansi soggetti a quest'obbligo. Ma ogni legge in particolare non obbliga se non quelli fra i sudditi cui la materia della legge conviene; il che facilmente si conosce dalla natura stessa di ciascheduna legge, la quale indica abbastanza l' intenzione del legislatore a questo riguardo; perciocchè in ogni legge, coloro che debbono esservi astretti, sono designati talora in una maniera espressa da qualche indicazione di universalità, o da qualche restrizione a certi individui, talora aggiungendo qualche condizione particolare, d' onde coloro che trovano applicabile la condizione

a loro medesimi, possono tosto conchiudere che questa legge li riguarda.

Accade per altro qualche volta che alcune persone sono liberate dall'obbligo di osservare la legge; ed è ciò che chiamasi dispensa. — Vedi questa voce.

Quanto alla durata delle leggi ed al modo con cui esse si aboliscono, ecco i principii che si possono stabilire.

1. In generale, la durata di una legge, del pari che il suo stabilimento, dipende dalla volontà del sovrano; il quale non potrebbe ragionevolmente vincolarsi a questo riguardo.

2. Tuttavia, ogni legge per sè stessa e di sua natura, è considerata come perpetua e fatta per sempre, fino a tanto che essa non presenti nella sua disposizione, o nelle circostanze che l' accompagnano, cosa che indichi evidentemente una intenzione contraria del legislatore, o che possa far presumere ragionevolmente non averla egli fatta che per un tempo. La legge è una regola; ora, ogni regola, per sè stessa è perpetua, e, parlando in generale, quando il sovrano stabilisce una legge, non ha l'intenzione di rivocarla.

3. Ma siccome può accadere che lo stato delle cose cangi talmente che una legge non possa più aver luogo e che diventi inutile od anche pregiudizievole; così il sovrano può e dee allora rivocarla od abrogarla. Sarebbe cosa egualmente assurda e funesta alla società, il pretendere che le leggi una volta fatte, debbano sussistere eternamente, qualunque siasi l' inconveniente che ne risulti.

L' interesse degli stati, come tutte le cose umane, è soggetto a mille rivoluzioni; le medesime leggi, ed i medesimi costumi divengono successivamente utili e nocivi al medesimo popolo: è dunque della prudenza del sovrano, di modificarne talune, di cangiarne altre, od anche abolirle intieramente.

Egli è vero, doversi usare grandissima cautela quando trattasi di toccare le antiche leggi di uno stato o di farvi dei cangiamenti; ma questo scrupolo dee avere i suoi limiti. Egli è certo, per l' esperienza, che tal legge, la quale era buona in un tempo, cessa sovente di esserlo in un altro tempo, e può anche trar seco grandi inconvenienti. Egli è vero altresì che vi sono alcune leggi di cui il tempo solo ha potuto far conoscere l' abuso ed i tristi effetti. Le circostanze cangiano, ed allora bisogna necessariamente cangiare il sistema politico, abolire o correggere le antiche leggi e sostituirne di nuove.

La revoca delle leggi può farsi in due modi, o espressamente o tacitamente, perciocchè quando il sovrano, bene instruito dello stato delle cose, neglige durante un lungo spazio di tempo di far osservare una legge, o permette formalmente che gli affari che vi si riferiscono si regolino in un modo contrario alla sua disposizione; risulta da ciò una forte presunzione dell'abolizione di questa

legge, la quale cade così da sè stessa, malgrado che il legislatore non l'abbia espressamente abrogata: *Mutari solent* (leges) *tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffrogio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

La revoca tacita delle leggi è soggetta ad inconveniente che il prudente legislatore dee aver cura di evitare. E in vero, questa revoca essendo fondata sul non uso, coloro che si avvisano i primi di contravvenire ad una legge, sono veri violatori della medesima, perchè vi contravvengono, senza conoscere l'intenzione del legislatore di abolirla. D'altronde non ispetta ai sudditi il determinare il momento dell'abolizione della legge, ma bensì al legislatore; eppure in una revoca tacita, il legislatore non dichiara questo momento; allora sono dunque i sudditi che credono opportuno d'abolire la legge e che si erigono in legislatori. Questo inconveniente ne adduce un altro più terribile; ed è che i sudditi osando di abolire qualche legge col non uso, senza conoscere preventivamente la volontà del sovrano, spingono l'audacia sopra tutte le leggi che li tengono vincolati; e qualora il sovrano, col mezzo dei magistrati vigili, fermi e zelanti, non vegli attentamente all'osservanza delle leggi, cadranno nella maggior parte in dissuetudine.

Divisione delle leggi.

Tutte le diverse idee che si possono concepire delle diverse leggi che si esprimono coi nomi di leggi divine ed umane, naturali e positive, della religione e della polizia, del dritto delle genti a del dritto civile, o con tutti gli altri nomi che si può dar loro, si riducono a due specie, che comprendono tutte le leggi di qualsiesi natura: l'una delle leggi che sono immutabili, e l'altra delle leggi che sono arbitrarie; perciocchè non ve n'è alcuna, la quale non abbia o l'uno o l'altro di questi due caratteri, che assai importa di considerare, non solamente per avere un'idea di questa prima distinzione generale delle leggi, ma eziandio perchè questi due caratteri costituiscono in tutte le leggi ciò ch'esse hanno di più essenziale; laonde la conoscenza di questi due caratteri è necessaria e di un grand'uso soprattutto nelle leggi civili.

Le leggi immutabili chiamansi così, perchè sono naturali, e talmente giusta sempre ed ovunque, che ninna autorità non può nè cangiarle, nè abolirle; e le leggi arbitrarie sono quelle che un'autorità legittima può stabilire, cangiare ed abolire, secondo il bisogno.

Leggi immutabili o naturali sono tutta quelle che derivano come conseguenze necessarie delle due prime, vale a dire l'amore di Dio e quello del prossimo, e che sono talmente essenziali agli obblighi che formano l'ordine della società, che non si potrebbe cangiarle senza far crollare le basi di quest'ordine; e le leggi

arbitrarie sono quelle che possono essere differentemente stabilite, cangiate ed anche abolite, senza violare lo spirito delle prime leggi, senza ledere i principî dell'ordine della società. Laonde, siccome ella è una conseguenza della prima legge che bisogna obbedire alle potenze, perchè Dio le ha stabilite; e siccome è una conseguenza della seconda legge che non bisogna far torto a niuno e bisogna dare a ciascuno ciò che gli appartiene, e siccome inoltre tutte queste regole sono essenziali all'ordine della società; così esse sono per queste ragioni leggi immutabili. Lo stesso dicasi di tutte le regole particolari che sono essenziali a questo medesimo ordine ed agli obblighi che derivano dalle prime leggi. Così è una regola essenziale l'obbligo di un tutore, il quale facendo le veci di padre all'orfanello ch'è sotto la sua tutela, dee vigilare sopra le persona ed i beni del medesimo; ed è pure una legge immutabile che il tutore debba assumere questa cura. Così è una regola essenziale all'obbligo di colui che prende a comodato qualche cosa de un altro, che debba conservarla e restituirla; ed è pure une legge immutebile che egli sia responsabile delle sue colpe contra questo dovere.

Ma le leggi che sono indifferenti alle due prime, ed ai doveri che ne derivano, sono leggi arbitrarie. Laonde, siccome è indifferente a queste due leggi ed all'ordine degli obblighi che vi siano o cinque, o sei, o sette testimonii in un testamento, che la prescrizione si acquisti col lasso di venti, di trenta o di quarant'anni; che la moneta valga più o meno, così sono leggi arbitrarie quelle che regolano questa sorte di cose, ed hanno regole differenti, secondo i tempi e secondo i luoghi.

Si vede da questa prima idea della natura delle leggi immutabili ch'esse hanno la loro origine nelle due leggi precedenti, di cui non sono che una dilatazione; e che, per esempio, quelle regole naturali dell'equità che sono state notate ed altre simili, non sono altra cosa che ciò che lo spirito della seconda legge esige in qualunque obbligo, e ciò che vi manca di essenziale e di necessario.

Quanto alle leggi arbitrerie, si possono osservare due differenti cause che ne hanno reso necessario l'uso nelle società, e che sono state le sorgenti di quella moltitudine infinita di leggi arbitrarie che si vedono nel mondo.

La prima di queste due cause è la necessità di dirimere alcune difficoltà che nascono dall'applicazione delle leggi immutabili, allorquando queste difficoltà sono tali che le leggi immutabili non le sciolgono e non può esservi provveduto che con leggi positive. Si giudicherà di questa sorte di difficoltà da un esempio. È una legge naturale ed immutabile che i padri debbano lasciare i loro beni ai loro figli dopo la morte: ed è pure un'altra che comunemente viene posta nel numero delle leggi naturali che si possa disporre dei propri beni per testamento. Se alla prima di queste due leggi si dà un'estensione senza limiti, un padre non potrebbe

disporre di nulla; e si estende la seconda ad una *libertà* indefinita di disporre di tutto: come faceva l'antico dritto romano, il padre poteva privare i suoi figli di qualunque porzione della sua eredità, e dare tutti i suoi beni ad estranei.

Da queste conseguenze così opposte che seguono dalle dette due leggi indefinitamente estese, si vede essere necessario di dare all'una ed all'altra qualche limitazione che le conciliino. Che se tutti gli uomini si conducessero colla prudenza e collo spirito delle prime leggi, ognuno sarebbe il giusto interprete di ciò che esige la legge che vuole che i figli succedano nei beni dei padri, e di ciò che esige pur l'altra che permette di disporne per testamento; perciocchè egli saprebbe adattare le sue disposizioni allo stato dei suoi beni e della sua famiglia, ed ai doveri verso i suoi figli e verso le altre persone, secondo ch'egli potesse essere obbligato o a qualche gratitudine od a qualche liberalità. Ma perchè tutti non si conducono collo spirito delle prime leggi, nè colla prudenza, e siccome taluni abusano della libertà di disporre dei loro beni, o anche ignorando lo stato dei loro beni e dei loro affari potrebbero violare i loro doveri verso i loro figli; così è stato necessario di conciliare queste due leggi e ridurle in regole comuni per tutti, facendo una legge arbitraria, che limitasse la libertà dei padri di disporre dei loro beni a pregiudizio dei figli, e che conservasse una certa porzione dei beni dei loro genitori, di cui non potessero essere privati; questa porzione stabilita da una legge arbitraria chiamasi *legittima*.

La seconda causa delle leggi arbitrarie è stata l'invenzione di certi usi che si credettero utili nella società. Così, per esempio, sono stati inventati i censi, le rendite costituite a prezzo di danaro, le sostituzioni ed altri simili usi, lo stabilimento dei quali sono arbitrari. E questi oggetti che sono d'invenzione degli uomini, e che potrebbonsi chiamare per questa ragione oggetti arbitrari, sono regolati da una grande farragine di leggi della medesima natura. Così vedesi nella società l'uso di due sorta di questi oggetti che chiamiamo arbitrari. Parecchi di questi sono cotanto naturali e cotanto essenziali ai bisogni più frequenti, che sono stati sempre ammessi in tutti i luoghi, come sono la permuta, la locazione, il deposito, il comodato, e varie altre convenzioni, le tutele, le successioni e tante altre pratiche. Ma si osservi che anche questi articoli, che sono d'instituzione umana, hanno sempre il loro fondamento, non solo nella libertà generale di fare ogni sorte di convenzione, ma eziandio nella utilità pubblica.

Le leggi arbitrarie sono di due sorta, secondo le due cause che le hanno stabilite. La prima è di quelle leggi arbitrarie che sono una conseguenza delle leggi naturali, come quelle che regolano la legittima dei figli, la maggior età, e le altre simili; e la seconda è di quelle che sono state inventate per regolare le

materie arbitrarie, come sono le leggi che regolano i gradi di sostituzione, le forme dei testamenti, ec.

La distinzione che abbiamo fatto delle leggi immutabili e delle leggi arbitrarie, racchiude quella delle leggi naturali e delle leggi positive, o piuttosto queste distinzioni non sono che una sola; perciocchè non vi sono leggi naturali ed immutabili che quelle fondate sulla natura delle cose vengono da Dio; e le leggi umane sono leggi positive ed arbitrarie, perchè gli uomini possono stabilirle, cangiarle ed abolirle.

A questa prima distinzione aggiungiamone una seconda che comprende pure tutte le leggi, ma sotto due altri aspetti; cioè in leggi della religione e in leggi della polizia. Queste sono due distinzioni che non bisogna confondere, come se tutte le leggi della religione fossero leggi immutabili, e tutte le leggi della polizia fossero soltanto leggi arbitrarie. E, in vero, nella religione vi sono parecchie leggi arbitrarie, e la polizia ha molte leggi immutabili. Così nella religione vi sono alcune leggi che regolano certe cerimonie, l'esteriore del culto divino, o qualche punto di disciplina ecclesiastica, che sono leggi arbitrarie stabilite dalla potestà spirituali; e vi sono nella polizia alcune leggi immutabili, come quelle che comandano l'obbedienza alle potestà, che ordinano di dare ad ognuno ciò che gli appartiene, e di non far torto ad alcuno; quelle che comandano la buona fede, la fedeltà, e condannano il dolo e la frode; e quelle che prescrivono una infinità di regole particolari che dipendono da queste prime; così che è cosa comune alla religione e alla polizia di avere entrambe l'uso delle leggi immutabili e quelli delle leggi arbitrarie, e bisogne, per conseguenza, distinguere con altre viste le leggi della religione e quelle della polizia.

Le leggi della religione sono quelle che regolano la condotta dell'uomo mediante lo spirito delle due prime leggi e colle disposizioni interne che spingono all'adempimento di tutti i doveri, e verso Dio e verso sè stessi e verso gli altri, tanto in particolare, quanto in ciò che riguarda l'ordine pubblico; che comprende tutte le regole della fede e dei costumi, come pure tutte le regole dell'esteriore del culto divino e della disciplina ecclesiastica.

Le leggi della polizia sono quelle che regolano l'ordine esterno della società fra tutti gli uomini; sia che conoscano o che ignorino la religione, sia che osservino le leggi o che le disprezzino.

Da queste prime osservazioni che facciamo sopra le leggi della religione e sopra quelle della polizia, si può giudicare ch'esse hanno alcune regole che loro sono comuni, e che e l'una e l'altra ne hanno che loro sono proprie. Così le leggi che comandano la sommessione alla patria potestà ed all'autorità delle potestà civili, quelle che ordinano la buona fede nel commercio, che proibiscono l'omicidio, il furto, il dolo, l'usura ed altre simili, sono leggi della religione, perchè sono essenziali alle due prime leggi; ma

esse sono altresì leggi della polizia, perchè sono essenziali all'ordine della società: esse sono comuni alla religione ed alla polizia. Ma le leggi che riguardano la fede e l'interno della morale e dei costumi, e quelle che regolano le cerimonie del culto divino e la disciplina ecclesiastica, sono leggi proprie della religione: e le leggi che regolano le formalità dei testamenti, il tempo della prescrizione, il valore della pubblica moneta, ed altre simili sono leggi proprie della polizia, e sono leggi civili.

Bisogna per altro osservare, riguardo alle leggi che sono comuni alla religione ed alla polizia, ch'esse hanno ciascuna un uso diverso da quello che hanno le altre. Nella religione queste leggi obbligano ad una intenzione retta nell'interno dell'animo, la quale adempia non solo esteriormente il senso materiale della legge, ma ne osservi lo spirito anche nell'interno; mentre nella polizia vi si soddisfa alla legge anche osservandola esteriormente, e nulla intraprendendo contra il divieto; dimanierachè, quantunque la religione e la polizia abbiano il loro principio comune nell'ordine divino, ed il loro fine comune di regolare gli uomini; esse sono tuttavia distinte per la loro influenza, in quanto che la religione regola l'interno ed i costumi dell'uomo per indurlo all'adempimento di tutti i doveri, e la polizia non esercita il suo ministero che sopra l'esterno indipendentemente dall'interno dell'animo.

È mestieri altresì osservare la differenza tra le leggi arbitrarie della polizia, cioè che queste si chiamano comunemente leggi umane, perchè sono leggi che gli uomini hanno stabilito, e che questa è la ragione umana ch'è il principio delle medesime; ma che quantunque le leggi arbitrarie della religione siano stabilite dagli uomini, tuttavia non si chiamano leggi umane, ma costituzioni canoniche, ossia leggi della Chiesa, perchè desse hanno il loro principio nella condotta dello spirito divino che regola la Chiesa.

LEGGE NATURALE. È una legge che Dio impone a tutti gli uomini e ch'essi possono scoprire e conoscere coi soli lumi della ragione, considerando attentamente la loro natura e il loro stato.

L'esistenza della legge naturale suppone tre cose, cioè: 1. L'esistenza di Dio; 2. Che Dio abbia il dritto d'impor leggi agli uomini; 3. Ch'egli ne abbia effettivamente date.

Tosto che abbiamo riconosciuto un Dio creatore, è ben manifesto ch'egli è un padrone che ha per sè stesso un dritto sovrano di comandare agli uomini, di prescriver loro regole di condotta, d'impor loro leggi: se non è meno evidente che gli uomini, dal canto loro, si trovano, per la loro costituzione naturale, in obbligo di assoggettare le loro azioni alla volontà di questo Ente Supremo. E, in vero, non si può dubitare che quegli ch'esiste necessariamente e per sè stesso, e che ha creato l'universo, non sia dotato di una potenza infinita. Com'egli ha dato l'essere a tutte le cose

per la sua sola volontà, così può pure conservarlo, distruggerle o cangiarle quando vuole.

Ma la sua sapienza non è minore della sua potenza. Avendo fatto il tutto, egli dee tutto conoscere: egli conosce e le cause e gli effetti che ne possono risultare. Si vedono d'altronde in tutte le sue opere e i fini più eccellenti ed una scelta di mezzi i più atti a raggiungerli; in una parola, tutto porta l'impronta della sua sapienza. La ragione c'insegna altresì che Dio è un ente essenzialmente buono. Ecco dunque un superiore dotato delle più eccelse qualità necessarie per avere l'impero più legittimo e più esteso che mai concepire si possa. E poichè dal canto nostro, l'esperienza ci fa sentire continuamente che siamo deboli e soggetti a diversi bisogni; poichè abbiamo tutto ricevuto da lui, e ch'egli può ancora aumentare i nostri beni o privarcene, egli è manifesto che nulla qui manca per istabilire da un lato la sovranità assoluta di Dio, e dall'altro la nostra assoluta dipendenza.

Principii risguardanti la leggi naturali.

Ora, se si domanda di quali principii la ragione servir si debba per giudicare di ciò che appartiene alle leggi naturali o per dedurne le applicazioni, si risponde, in generale, che basta far attenzione alla natura dell'uomo ed ai suoi stati o relazioni; e siccome queste relazioni sono differenti, così vi possono essere varii principii che ci conducono alla conoscenza dei nostri doveri.

Ma prima di andar innanzi, sarà bene di fare alcune osservazioni preliminari intorno a ciò che si chiama *principii delle leggi naturali*; e ciò per prevenire gli equivoci che hanno cagionata confusione sopra questa materia.

Quando domandiamo qui quali sono i primi principii delle leggi naturali, noi domandiamo quali sono quelle verità o quelle proposizioni primitive, col mezzo delle quali possiamo effettivamente conoscere quale sia la volontà di Dio a nostro riguardo, e pervenire così, per mezzo di giuste conseguenze, alla conoscenza delle leggi particolari e dei doveri che Dio c'impone mediante la retta ragione.

Non bisogna dunque confondere i principii di cui si tratta, colla causa efficiente e produttrice delle leggi naturali, nè col principio obbligatorio di queste medesime leggi. Certamente, ed ognuno conviene che la volontà dell'Ente Supremo è la causa efficiente delle leggi della natura e la sorgente delle obbligazioni che esse producono.

Ma rimane ancora a sapere come l'uomo pervenga a conoscere questa volontà, ed a trovare principii che, assicurandoci dell'intenzione di Dio, ci pongono in istato di dedurne tutti i doveri particolari, per quanto si può conoscerli mediante la retta ragione. Tu domandi, per esempio, se la legge richieda che si ripari

il danno, o che si adempiano i proprii impegni. Se si dà la secca risposta che la cosa è fuor di dubbio, perchè Dio vuole così, egli è ben manifesto che ciò non soddisfa bastantemente alla tua risposta, e che tu potrai ancora domandare ragionevolmente che ti venga indicato un principio atto a farti veramente conoscere che tal è la volontà di Dio; perchè questo è quello che tu cerchi.

Osserviamo inoltre che i primi principii delle leggi naturali debbono essere, non solamente veri, ma eziandio semplici, chiari, sufficienti ed appropriati.

Debbono essere veri, vale a dire bisogna attingerli nella natura e nello stato delle cose. Principii falsi o supposti non potrebbero produrre che conseguenza dell'indole stessa; non si ergerà mai un edificio solido sopra basi rovinose. Debbono essere semplici e chiari per sè stessi, o almeno facili a conoscersi ed a svilupparsi, perciocchè le leggi naturali essendo obbligatorie, è mestieri che i loro primi principii siano adottati all'intelligenza di tutti, e che col senso comune ciascuno possa instruirsene agevolmente. Aggiungesi che questi principii debbono essere sufficienti ed universali. È d'uopo che si possa dedurre col mezzo di conseguenze immediate e naturali, tutte le leggi della natura e tutti i doveri che ne risultano. E siccome la maggior parte delle leggi naturali sono soggette a varie eccezioni, è altresì necessario che i principii siano tali che racchiudono la ragione delle stesse eccezioni; e che non solamente se ne possano ricavare tutte le regole ordinarie della morale, ma che servano inoltre a restringere queste regole, quando il luogo, il tempo o l'occasione lo esigono. In fine questi primi principii debbono essere stabiliti in guisa tale che siano effettivamente il fondamento proprio e diretto di tutti i doveri della legge naturale; dimanierachè tanto se si parte dal principio per dedurne le conseguenze quanto se si risale dalle conseguenze al principio, il risultato dei ragionamenti sia sempre immediato ed il filo, per così dire, non sia mai interrotto.

Per altro, a parlare in generale, ella è cosa indifferente, il ridurre tutto ad un solo principio, o il porne parecchi. In ciò bisogna consultare e seguire le regole di un metodo giudizioso e preciso. Ciò che possiamo dire a questo proposito, è che non sembra minimamente necessario alla solidità e perfezione del sistema; che tutte le leggi naturali si deducano ad una sola ed unica massima fondamentale; può darsi forse che la cosa non sia possibile. Checchè ne sia, il voler tutto ridurre a questa unità sarebbe un lavoro di mente assai inutile.

Il solo mezzo di pervenire alla cognizione delle leggi naturali, è di considerare attentamente la natura dell'uomo, la sua costituzione, le relazioni ch'egli ha cogli altri esseri che lo circondano, e gli stati che ne risultano. In fatti la stessa espressione il *dritto naturale* e la nozione che ne abbiamo data nell'articolo relativo, fanno vedere che i principii di questa scienza non possono essere

attinti che nella natura stessa e nella costituzione dell'uomo. Ecco le due proposizioni generali che esponiamo come il fondamento di ogni sistema di leggi della natura.

Prima proposizione. Tutto ciò ch'è nella natura dell'uomo e della sua costituzione primitiva ed originaria, e tutto ciò ch'è una conseguenza necessaria di questa natura e di questa costituzione, c'indica certamente qual è l'intenzione o la volontà di Dio riguardo all'uomo, e quindi ci fa conoscere le leggi naturali.

Seconda proposizione. Ma, per vedere un sistema completo di leggi naturali, bisogna non solamente considerare la natura dell'uomo tale ch'è in sè stessa; è necessario altresì di far attenzione alle relazioni ch'egli ha cogli altri esseri ed ai diversi stati che ne sono la conseguenza: diversamente è ben manifesto che non si avrebbe che un sistema incompleto e difettoso.

Si può dir dunque che il fondamento generale del sistema delle leggi naturali, è la natura dell'uomo considerata in tutte le circostanze che l'accompagnano, e nelle quali Dio stesso lo ha collocato per certi fini; in quanto che con questo mezzo si possa conoscere qual è la volontà di Dio. In una parola, l'uomo tenendo dalla mano di Dio stesso tatto ciò ch'egli è, tanto per la sua esistenza quanto per la sua maniera di esistere, è l'uomo solo bene studiato quello che c'instruirà pienamente delle mire che Dio si propose dandoci l'essere, e quindi le regole che dobbiamo seguire per adempiere queste mire del Creatore.

Doveri verso Dio.

Primieramente la ragione ci fa conoscere Dio come l'essere esistente per sè stesso ed il sovrano Signore di tutte le cose; ed in particolare come nostro creatore, nostro conservatore, nostro benefattore; quindi dobbiamo necessariamente riconoscere la sovrana perfezione di questo Ente Supremo, e la nostra dipendenza assoluta da lui; ciò che, per conseguenza naturale, produce in noi sentimenti di rispetto, di amore, di timore, e di una piena divozione alla di lui volontà; e, in vero, perchè Dio si sarebbe manifestato agli uomini mediante la ragione, se non a fine che gli uomini conoscendolo, abbiano di lui sentimenti che corrispondano all'eccellenza della di lui natura, vale a dire affinchè l'onorino, lo amino, lo adorino l'obbediscano?

Un rispetto infinito è l'effetto naturale dell'impressione che ci fa la considerazione di tutte le perfezioni divine. L'amore e la riconoscenza non possono ricusarsi ad un ente sovranamente benefattore. Il timore di dispiacergli o di offenderlo, è una conseguenza necessaria dell'idea che abbiamo della di lui giustizia e della di lui potenza; l'obbedienza non può che tener dietro alla cognizione della di lui legittima autorità sopra di noi, della di lui bontà ed alta sapienza che ci conducono al nostro ben essere per la via

che più conduce alla nostra natura. L'aggregato di tutti questi sentimenti scolpiti nel cuore, chiamasi *pietà*.

La pietà, s'è ben reale, si manifesterà esternamente in due maniere coi costumi e col culto; dico:

1. Coi costumi, perchè un uomo pio e veramente compreso dai sentimenti, di cui parliamo, si trova naturalmente inclinato a parlare e ad agire nel modo ch'egli sa essere più conforme alla volontà di Dio, d'onde risulta la pratica delle più eccellenti virtù;

2. Ma oltre questa maniera di onorar Dio ch'è senza dubbio la più necessaria e la più reale, l'uomo religioso si farà un dovere di fortificare in lui questi sentimenti di pietà e di eccitarli negli altri. Quindi deriva il culto esterno sì privato che pubblico; perciocchè tanto se si ravvisi questo culto come il primo e quasi il solo mezzo di eccitare, di conservare, di perfezionare nel cuore i sentimenti di religione e di pietà; quanto se si consideri il culto come un omaggio che gli uomini uniti in società particolari o pubbliche, rendono a Dio in comune, sia che si accoppiino insieme queste due mire, la ragione ce ne fa un dovere di assoluta necessità.

Questo culto può variare quanto alla forma; ma vi è tuttavia un principio naturale che ne determina l'essenza e che allontana le pratiche frivole o superstiziose; ed è che dee consistere nell'instruire gli uomini e renderli pii e virtuosi, dando loro giuste idee di Dio e di ciò ch'egli esige da noi. I vari doveri che abbiamo fin qui indicati costituiscono la *religione*.

Doveri verso noi stessi.

Se poi si cerchi il principio dei doveri che riguardano noi stessi, non sarà difficile di scoprirli esaminando qual è la costituzione interna dell'uomo, quali siano state le mire del Creatore riguardo all'uomo medesimo, e per qual fine gli abbia dato quelle facoltà di mente e di corpo che costituiscono la sua natura. Ora, è della maggior evidenza che Dio creandoci, si è proposto la nostra conservazione, la nostra perfezione e il nostro ben essere. Ciò appare manifestamente e dalle facoltà di cui l'uomo è fornito, e per quella forte tendenza che lo spinge a cercare il bene e a fuggire il male. Dio vuole adunque che ciascuno si adopri alla propria conservazione e alla propria perfezione, per acquistare tutta la felicità di cui è capace, conformemente alla sua natura ed al suo stato.

Ciò essendo, si può dire che l'amore di se stesso (intendiamo un amore illuminato e ragionevole) può far le veci di primo principio riguardo ai doveri che concernono l'uomo stesso; in quanto che questo sentimento essendo inseparabile dalla natura umana, e avendo Dio per autore, ci fa conoscere chiaramente quale sia a questo riguardo la volontà dell'Ente Supremo. Bisogna per altro

osservare che l'amore di noi stessi non può servirci qui di principio e di regola, che in quanto esso sia guidato dalla retta ragione, conformemente a ciò che la nostra natura e il nostro stato esiggono. E, invero, in questa sola maniera esso diventa per noi l'interprete della volontà del Creatore, vale a dire che esso debba essere diretto in guisa che non offenda nè le leggi della religione, nè quelle della sociabilità; diversamente questo amor proprio diventerà la sorgente di mille ingiustizie; ed invece di esserci utile; tornerà ad insidia, per la reazione che queste medesime ingiustizie non tarderanno di provocare.

Ciò non è tutto: l'uomo dee pensare di non essere solo sopra la terra, di trovarsi in mezzo ad una infinità di esseri simili a lui in ogni rapporto; e siccome è la nascita stessa che assoggetta l'uomo a questo stato, e siccome questo è il fatto della provvidenza, così dee naturalmente pensare che l'intenzione di Dio non è stata che ciaschedun uomo viva solo e separato dagli altri; ma che egli, al contrario, ha voluto che gli uomini vivano insieme ed uniti in società. Tal è in fatti la natura e la costituzione dell'uomo che fuori della società non potrebbe nè conservare la vita, nè sviluppare e perfezionare le sue facoltà fisiche e intellettuali, nè procurarsi un ben essere vero e durevole. Che cosa mai diventerebbe un bambino, se una mano benefica non provvedesse ai suoi bisogni? Seguendolo nella sua gioventù, non si troverebbe in lui che ignoranza, selvatichezza, ferocia. Giunto alla vecchiaia, si vedrà un miserabile solitario pieno d'infermità, privo d'ogni soccorso, e senza nessuno che gli renda la morte meno trista e penosa.

La società era dunque necessaria all'uomo, e Dio stesso gli ha dato una costituzione e facoltà tali che lo rendono attissimo a questo stato. Tal è, per esempio, la facoltà della parola, che ci dà il mezzo di comunicare i nostri pensieri con tanta facilità e prontezza che fuori della società non sarebbe di verun uso. Abbiamo ricevuto da Dio intelligenza, la cui utilità non si sviluppa che nella società; col suo mezzo abbiamo moltiplicata, per così dire, la nostra esistenza personale, col pensare, ad agire negli altri uomini, col dare ai nostri voleri la potenza di renderci presenti in varii luoghi nel medesimo tempo: perchè dunque abbiamo noi ricevute dalla natura quelle facoltà intellettuali, mercè le quali gli uomini più lontani comunicano tra di loro e si servono a vicenda, se non a fine che la società umana esista coll'esercizio abituale di queste medesime facoltà.

L'intelligenza che ci rende padroni di tutto ciò che ha vita, che permette alla nostra debolezza di diventare la forza dominante sopra la terra, che ci eleva fino alla cognizione evidente di tante verità sublimi ed importanti al nostro ben essere, ci lascerebbe in uno stato, a molti riguardi, assai inferiore a quello dei bruti, se nell'uomo non fosse mai arricchita dei lumi che ci vengono preparati dagli altri uomini. Certamente, la nostra intelligenza, que-

sto dono prezioso, è una specie di patrimonio comune, che non ha valore se non in quanto tutti gli uomini lo fan valere in comune, e ne dividono i frutti. Allorquando la morte ci separa dalla società, essa non separa già sempre la società dalla porzione d'intelligenza, che abbiamo coltivata durante la vita: le scoperte da noi fatte mediante il soccorso sociale, tutti i frutti, in una parola, che ne abbiamo ricavati, sussistono ancora dopo di noi, se noi abbiamo voluto comunicarli e non toglierli alla società. La nostra intelligenza ci sopravvive così per l'utilità dei nostri simili che sono, per così dire, gli eredi. In una parola, se la nostra intelligenza non fosse comune a tutta la società umana, i suoi progressi dopo una sì lunga serie di secoli, non avrebbe fatto progressi maggiori di quelli, che avrebbero potuto farsi nel breve spazio della vita di un uomo.

Tutto dunque ci fa sentire che la società è necessaria; tutto ci invita a lei; bisogni della mente e del corpo, facoltà, inclinazione, organizzazione fisica, amore di noi stessi, e la necessità della nostra conservazione, della nostra perfezione del nostro ben essere. L'intenzione del Creatore è dunque evidentemente che gli uomini vivano in società, e che ognuno si comporti in guisa di renderla a se medesimi ed agli altri, quanto è possibile, aggradevole per l'esercizio reciproco delle virtù sociali, che stringono vieppiù i nodi.

Questa disposizione, che ci porta alla benevolenza verso i nostri simili, a far loro tutto il bene che dipende da noi, a conciliare il nostro ben essere con quello degli altri ed a subordinare talvolta anche il nostro vantaggio particolare al vantaggio comune e generale, chiamasi *sociabilità*. Quanto più studiamo noi stessi, tanto più siamo convinti che questa sociabilità è effettivamente conforme alla volontà di Dio; perciocchè la necessità di questo principio sta impressa nel nostro cuore.

Dal principio della sociabilità scaturiscono necessariamente tutti i doveri dell'uomo verso i suoi simili. E, invero: 1. L'unione stabilita tra gli uomini, esige dai medesimi che in tutto ciò che ha qualche relazione colla società, il bene comune sia la regola suprema della loro condotta, e che, ascoltando i consigli della prudenza, non cerchino mai il loro vantaggio particolare a pregiudizio del vantaggio comune; 2. Lo spirito della sociabilità deve essere universale. La società umana abbraccia tutti gli uomini, coi quali si può avere qualche commercio, poichè dessa è fondata sopra le relazioni che gli uomini stessi hanno tutti insieme, in conseguenza della loro natura e del loro stato. La sociabilità dunque consiste nella disposizione generale di un uomo verso ogni altro, in conseguenza della quale eglino si riguardano come uniti insieme coi vincoli della pace, della benevolenza, dell'affetto, d'onde risulta una obbligazione reciproca; 3. La ragione ci dice inoltre che le creature della medesima specie, nate colle medesime fa-

coltà per vivere insieme e per partecipare ai medesimi vantaggi, hanno in generale un dritto eguale e comune. Siamo dunque obbligati di riguardarci come naturalmente eguali e di trattarci come tali. D'onde si conosce abbastanza che se abbiamo dritti, abbiamo pure doveri. Tutto ciò che ci è dovuto, noi lo dobbiamo pure a tutti gli altri; e per conseguenza niun dritto senza dovere, niun dovere senza dritto. Questo è il fondamento di tutti i doveri reciproci.

Da tutto ciò che abbiamo detto in questo articolo, si può conchiudere, che vi sono tre principii delle leggi naturali, relativamente ai tre stati primitivi dell'uomo; cioè: la religione, l'amore di noi stessi, la sociabilità. Questi principii hanno tutti i caratteri che abbiamo stabiliti nel principio di questo articolo. Sono veri, perchè attinti nella natura dell'uomo, nella sua costituzione e nello stato in cui Dio lo ha collocato. Sono semplici, perchè essendo derivati dalla nostra propria coscienza col soccorso del ragionamento più naturale, niuno può ignorarli, per poco ch'egli faccia attenzione a ciò che avviene in sè medesimo. Finalmente, sono sufficienti, poicchè, come vedremo in appresso, abbracciano tutti gli oggetti dei nostri doveri, ed anche l'eccezioni, che s'incontrano; e per conseguenza ci fanno conoscere la volontà di Dio, in tutti gli stati e in tutte le relazioni dell'uomo.

Tra questi tre principii, vi è una subordinazione naturale che ci serve di guida nel decidere a quale di questi doveri dar si debba la preferenza. Il principio generale per ben giudicare di questa subordinazione, si è: 1. Che la obbligazione maggiore dee prevalere alla minore: Ateniesi, diceva Socrate, io vi rispetto e vi amo, ma obbedirò piuttosto a Dio che a voi. — Ecco dunque una massima dalla quale non è mai permesso il deviare; 2. Se ciò che dobbiamo a noi stessi è in opposizione a ciò che dobbiamo alla società in generale, la società dee avere la preferenza; 3. Se vi è conflitto tra un dovere dell'amor di sè stessi, ed un dovere della sociabilità, tutte le altre cose essendo eguali l'amore di se stessi dee prevalere; 4. Se poi l'opposizione sta tra due doveri della sociabilità, si dee preferir quello che presenta la maggiore utilità.

Dopo ciò che abbiamo esposto intorno ai principii delle leggi naturali, ed intorno al modo con cui noi arriviamo a conoscerli, non si domanderà più se Dio abbia sufficientemente notificate agli uomini queste medesime leggi; perciocchè vediamo chiaramente che se ne possono scoprire tutti i principii e dedurne tutti i nostri doveri con quel lume naturale, che agli uomini in generale non è stato ricusato; ed è in questo senso che bisogna intendere ciò che comunemente si dice essere naturalmente da tutti gli uomini conosciuto.

Per altro è mestieri osservare che quando diciamo che l'uomo può, facendo uso della propria ragione, acquistare la cognizione delle leggi naturali, ciò non esclude il soccorso che può d'altron-

de ritrarre. Sonovi alcuni uomini che essendosi data una cura particolare di coltivare la mente, sono in istato d'illuminare gli altri e di supplire con le loro instruzioni alla goffezza ed alla ignoranza degli altri. Ciò entra nel piano della provvidenza; perciocchè Dio avendo destinato l'uomo per la società, ed avendogli data una costituzione relativa a questo fine, i varii soccorsi che gli uomini traggono gli uni dagli altri, debbono anche questi comprendersi nel novero dei mezzi naturali di acquistare la cognizione di dette leggi.

Facciamo qui una considerazione che si presenta da se stessa; ed è che se si fà attenzione al modo con cui abbiamo stabiliti i principii delle leggi naturali; si conosce che il metodo da noi seguito, è una nuova prova della certezza e della realtà di queste leggi. Abbiamo lasciata a parte qualunque speculaziona metafisica, a non abbiamo consultato che il fatto, la natura e lo stato delle cose. Abbiamo tratti i nostri principii dalla costituzione essenziale dell'uomo e dalle sue relazioni cogli esseri: ed il sistema che ne risulta ha un nesso così intimo e così necessario con questa natura e con questo stato dell'uomo che non si potrebbe separarli. Se poi si aggiunge ciò ch'è stato osservato sopra, ci sembra non potersi sconoscere le leggi naturali, nè dubitare della loro realtà, senza rinunziare ai lumi più puri della ragione, ciò cha condurrebbe al pirronismo.

Se, per un effetto della sapienza del Creatore, i principii delle leggi naturali sono facili a scoprirsi, e se la cognizione dei doveri ch'esse c'impongono, può acquistarsi dalle menti più mediocri, egli è certo altresì che queste leggi non sono impratticabili. Al contrario, esse hanno una porzione così manifesta coi lumi dalla retta ragione e colle inclinazioni più naturali, ed hanno un tale rapporto colla nostra perfezione e col nostro ben essere, cha non si può riguardarle che come un effetto della bontà di Dio verso gli uomini.

Dopo di aver veduto che le leggi naturali sono per sè stesse manifestamente conformi alle idee, che la retta ragione ci dà di Dio, convenienti alla natura ed allo stato dell'uomo, in una parola, perfettamente conformi all'ordine, ed infine sufficientemente notificate, non vi e più alcun dubbio, cha leggi rivestite di tutti questi caratteri non sieno *obbligatorie*, e non pongano gli uomini nella indispensabile necessità di uniformarvi la loro condotta. Egli è altresì certo che l'obbligazione che Dio c'impone con questo mezzo è di tutte la più forte, perchè dessa è prodotta dal concorso e dall'unione di tutti i motivi più possenti e più atti a determinare la volontà. E, in vero, i consigli e le massime della ragione ci obbligano, non solo perchè sono in se stessi convenientissimi, ed hanno il loro fondamento nella natura e nelle relazioni immutabili delle cose; ma eziandio per l'autorità dell'Ente Supremo, che qui interviene, facendoci conoscere chiaramente ch'egli ne vuole

l'osservanza, perchè egli stesso è l'autore della natura stessa delle cose e delle relazioni che queste cose hanno tra di loro. In una parola, la legge naturale ci vincola con una obbligazione sì interna come esterna; ciò che produce il più alto grado di necessità morale e che assoggetta più fortemente la libertà, senza distruggerla.

Un altro carattere essenziale delle leggi naturali si è che esse sono *universali*; vale a dire, che obbligano tutti gli uomini senza eccezione; perciocchè non solamente tutti gli uomini sono egualmente sommessi all' impero di Dio; ma inoltre le leggi naturali avendo il loro fondamento nella costituzione e nello stato degli uomini, ed essendo loro notificate mediante la ragione, egli è ben manifesto che esse convengono essenzialmente a tutti, e gli obbligano tutti senza distinzione; qualunque siasi la differenza che vi passa tra loro per il fatto ed in qualunque stato che si voglia supporli. Questo è ciò che distingue le leggi naturali dalle leggi positive; perciocchè la legge positiva non riguarda che le persone viventi in una particolare società.

Trovasi nel quarto libro di Marco Antonino una buona prova dell' universalità delle leggi naturali. « Se l' intelligenza, dice egli, è comune a tutti, la ragione che ci distingue dagli animali irragionevoli, è pure comune. Se la ragione è comune, quella ragione che ordina ciò che si dee fare, e ciò che si dee tralasciare, è pure comune. Ciò posto, la legge è comune: ora la legge essendo comune, noi siamo tutti concittadini; se siamo concittadini, noi viviamo sotto un medesimo regime; ed il mondo tutto è, per conseguenza una città ».

Le leggi naturali non sono leggi arbitrarie; perchè essendo stabilite dalla volontà di Dio non sono l' effetto di una volontà arbitraria, ma hanno il loro fondamento nella natura della cose e nei rapporti che queste hanno tra di loro, e non possono cangiarsi fino a tanto che questi medesimi rapporti sussistono. D'onde segue che le leggi naturali sono immutabili, e non ammettono veruna dispensa. Questo è altresì un carattere proprio di queste leggi che le distingue dalla legge positiva sì divina che umana.

Aggiungeremo qui un bel passo di Cicerone che Lattanzio ci ha conservato: « La retta ragione, diceva quel filosofo, è certamente una vera legge conforme alla natura, comune a tutti gli uomini, costante, immutabile, eterna. Essa, coi suoi comandamenti, spinge gli uomini all' adempimento dei doveri, e li distoglie dal male coi suoi divieti. Non è permesso di nulla detrarre da questa legge, di nulla cangiarvi, e meno ancora di abolirla intieramente. Il senato nè il popolo non potrebbero dispensare dalla medesima. Essa spiegasi da per sè stessa e non esige altro interprete. Non è altra in Roma ed altra in Atene; non è altra oggidì, altra domani. È la stessa legge eterna e invariabile che è data a tutte le nazioni, in tutti i luoghi. Dio che n' è l' autore e che l' ha egli stesso pubblicata, sarà sempre il solo padrone ed il

solo sovrano di tutti gli uomini. Chiunque violerà questa legge, rinunzierà alla sua propria natura, si spoglierà della umanità, e sarà per questo rigorosamente punito della sua disobbedienza, ancorchè egli evitasse tutto ciò che si chiama ordinariamente supplicio (Cicer., *De republ.*, lib. III, apud Lactant. Inst. div., lib. VI, cap. 8).

Noi non crediamo di finir meglio questo articolo, che esaminando la seguente quistione importante:

Se la legge naturale basti per sè sola a far sì che la società civile possa raggiungere lo scopo della sua perfezione, senza il soccorso delle leggi civili.

Secondo l'idea che abbiamo data della legge naturale, egli è manifesto che questa legge è sufficiente in sè stessa per far sì che la società civile raggiunga lo scopo della sua perfezione, e se non domandasse altro che ciò, la questione sarebbe ben presto decisa. Una legge fondata sopra la natura delle cose, particolarmente sopra la natura dell'uomo, e che, per conseguenza, è la stessa, sapienza e giustizia; una legge che può applicarsi a tutti i casi; una legge, in una parola, che provvede saggiamente a tutto, è atta senza dubbio, a regolare perfettamente una società. Essa produrrebbe infallibilmente questo effetto se gli *uomini fossero quali dovrebbero essere*; se facendo sempre uso della loro libertà, si sforzassero di vivere convenientemente alla loro natura. S'eglino avessero cura di osservare tutti i precetti che da questa legge derivano, come i corpi seguono le leggi che sono loro date, si vedrebbe nel mondo morale, nella società umana, l'ordine medesimo, che ammiriamo nel mondo materiale.

Quando diciamo, se gli uomini fossero quali dovrebbero essere, non vogliamo dire che essi fossero superiori all'umanità, ma solamente che facessero delle loro facoltà quell'uso che potrebbero farne agevolmente. Ma gli uomini sono assai differenti da ciò che dovrebbero e potrebbero essere. Due cose quindi rendono la legge naturale inefficace a loro riguardo:

1. La maggior parte degli uomini non conoscono, in tutti i casi, ciò che essa decide, sia perchè mancano dei lumi necessarii, sia perchè le passioni ed i pregiudizii, gl'inducono in errore, rappresentando come legittimo, o indifferente, ciò che è criminoso. Sonovi eziandio alcune circostanze delicate, nelle quali la prevenzione più lieve allontana un uomo onesto dalla verità senza accorgersene;

2. Gli uomini non sono sempre tanto conoscitori dei loro veri interessi per essere sensibili ai motivi di cui la legge naturale è corredata, e sovente nella passione questi motivi non si presentano alla mente con bastante forza. Due cose inducono l'uomo ragionevole all'osservanza di questa legge: l'una l'obbedienza che egli dee al

Creatore; l'altra i vantaggi che sono una conseguenza necessaria di questa osservanza. La virtù orna e nobilita l'anima, ed è sempre nei suoi effetti e nelle conseguenze più solidamente utile che il vizio : *Oderunt peccare boni, virtutis amore.*

Ma l'esperienza prova pur troppo, quanto poco impero abbiano questi due motivi sopra un gran numero di uomini. Per lo più nell'accesso delle loro passioni non pensano a Dio, o se vi pensano, nei momenti di maggior tranquillità, si fidano nella sua bontà e si lusingano che dopo di aver soddisfatti i loro desiderii otterranno facilmente perdono. Sonovi alcuni scellerati che disconoscono il Creatore. Sarebbe per costoro del tutto inutile il far loro presente che avviliscono coi delitti la dignità dell'uomo, e che la povertà accompagnata dalla virtù è più solamente vantaggiosa che una colpevole opulenza. Una ragione così speciosa e così efficace nella mente di un uomo saggio, diventerebbe ridicola agli occhi di uno scellerato intorpidito dal vizio.

È stato dunque necessario, pel bene della società, di rimediare a questi inconvenienti, e di supplire a ciò che manca alla legge naturale, non in sè stessa, ma in riguardo della corruzione degli uomini. Affinchè questa legge perfetta in sè, diventi sufficiente per regolare una società di uomini, quali sono, bisogna: 1. Ch'essa possa essere conosciuta da tutti, e che abbia un senso preciso, determinato, ed il medesimo per tutti i membri della società medesima. Questo è il mezzo di prevenire le dispute e gli altri inconvenienti, che nascerebbero in folla dell'ignoranza, dalle passioni e dai pregiudizii che pongono una diversità così prodigiosa nei sentimenti degli uomini. Sarebbe inoltre molte volte troppo pericoloso il lasciare ad ognuno la cura di determinare alla sua maniera, ciò che la legge naturale in un dato caso decide. Per esempio questa legge dice che l'uomo, la cui ragione non è ancora formata, e che non ha il buon senso richiesto per amministrare i proprii affari, non è in istato di contrattare, e che se qualcuno avesse abusato della sua ignoranza, per farlo assumere impegni onerosi, il contratto debba essere nullo. Nulla vi ha di più giusto che questa regola; ma altresì nulla vi ha di più proprio a far nascere una moltitudine di contese e d'ingiustizie, presso gli uomini ignoranti, prevenuti o interessati. I privati sarebbero perpetuamente in contesa per sapere se un giovine è realmente o non è in istato di amministrare i proprii affari; ed i giudici stessi sovente incontrerebbero molte difficoltà nel pronunziarne la decisione. Il magistrato integerrimo potrebbe facilmente cadere in errore, ed il malvagio avrebbe le mani libere per esercitare la sua iniquità. Le leggi civili hanno prevenuto questo abuso determinando l'età, prima della quale l'uomo è minore; vale a dire che è considerato incapace di contrattare, ed hanno determinata l'epoca della sua maggior età, al tempo in cui l'esperienza ha fatto vedere che i sudditi dello Stato hanno comunemente raggiunto il

grado di ragione sufficiente per amministrare da sè stessi i proprii affari. Laonde pel bene e per la tranquillità della società, è stato mestieri di ricavare dalla legge naturale le regole generali, che potessero essere conosciute da tutti, il senso delle quali fosse determinato, ed agevole l'applicazione. È inoltre necessaria nella società una pubblica autorità che astringa a rispettar le leggi coloro che sono indocili alla voce della ragione, e che aggiunga alla obbligazione naturale, troppo debole per la maggior parte degli uomini, una obbligazione nuova e positiva, per mezzo di pena contra gl' inobbedienti e trasgressori. Questo è il solo motivo che possa dare una piega alla volontà dei malvagi: *Oderunt peccare mali formidine poenae.*

Ma se il soccorso delle leggi civili o politiche è necessario per dare alla legge naturale tutta la sua efficacia, non si dee però credere che quelle bastino, e che si debba trascurare lo studio della legge naturale. Al contrario, queste due leggi debbono sempre andar unite e prestarsi vicendevolmente la mano. Il legislatore che vuol dare buone leggi allo Stato, dee conoscere perfettamente la legge naturale e regolarsi dietro le decisioni sempre infallibili di questa legge. Questa è la vera sorgente del dritto, come gli antichi l' hanno benissimo osservato. *Repetam*, dice Cicerone, *stirpem iuris a natura.* Allorquando le leggi politiche o civili sono stabilite, quelli cui n' è affidata l' esecuzione debbono porsi in istato d interpretarle con equità e farne una giusta applicazione, mediante lo studio della legge naturale. La cognizione n' è pure necessaria ai semplici privati. Ad ogni istante si presentano casi che il legislatore non ha potuto prevedere, e nei quali non abbiamo altra guida che la legge della natura.

Una buona filosofia è il solo mezzo di giungere ad una esatta e solida cognizione della legge naturale, cognizione cotanto necessaria a chiunque voglia essere bene istruito nel dritto. Il perchè Cicerone ha detto che non già nell' editto del pretore, nè tampoco nelle dodici Tavole, è d' uopo attingere la giurisprudenza, ma nel seno della più profonda filosofia: *non a praetoris edicto ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia haurienda iuris disciplina* (*De legibus*, 1, 5). Così i più sapienti fra gli antichi filosofi convinti che di tutte le scienze, non ve n' è alcuna di più utile alla società che la morale, facevano di questa parte della filosofia, l' oggetto principale delle loro meditazioni. E, in vero, vi ha forse una scienza più degna di occupare gli uomini di quella che c' insegna i mezzi di essere saggi e felici? *Et haec*, dice Plinio, l. 1, ep. 10, *philosophiae pulcherrima pars, promere et exercere iurisprudentiam.*

LEGGI POSITIVE. Per legge positiva intendiamo il comando necessario e notificato di un legittimo sovrano obbligante i sud-

diti dello Stato del quale è capo, a fare od ommettere qualche cosa per ottenere il fine sociale.

In questo articolo parleremo dello stabilimento delle leggi positive presso i varii popoli della terra, e delle loro varie specie; riserbandosi di parlare nell' articolo *legislazione suprema*, più particolarmente di quello che abbiamo fatto nell' articolo *legge*, dei caratteri e degli effetti giuridici delle stesse leggi positive, nel loro rapporto del sovrano cui suoi sudditi.

Stabilimento delle leggi positive.

Allorquando i popoli stabilirono un capo, e alla condotta di lui si sottomisero, non ebbero altro fine che di supplire alla insufficienza delle leggi naturali. La troppo limitata autorità dei primi monarchi non poteva rimediare agli abusi che per altro si volevano correggere. Il bene adunque della società esigeva che si affidasse loro un autorità più estesa e che si mettessero in istato di fare regolamenti appropriati a perfezionare i primi ordini, e con ragione è stato dato il nome di legge a questi regolamenti: *Arbitria principum pro legibus erant*, dicono gli antichi scrittori. Le chiameremo leggi *positive*, perchè il loro oggetto è troppo chiaro e preciso. Esse hanno rimediato a tutti gl' inconvenienti delle prime società. Il sovrano nel pubblicare le sue leggi insegna ad ogni particolare le regole che dee seguire, dal che deriva che niuno nella causa propria è giudice indipendente, perchè il sovrano fa l' applicazione della legge. Riunendo egli nella sua persona tutte le forze dello Stato, egli è in grado di far eseguire i suoi ordini e di punire chiunque li trasgredisce. In fine egli è interessato perchè siano osservate.

Le leggi positive saranno nel principio state in piccolo numero; non avranno avuto altro oggetto che gl' interessi generali delle società. Prima di entrare in alcuna spiegazione, cade in acconcio di fare alcune osservazioni sopra la prima maniera di vivere degli uomini.

Si sa esservi stato un tempo nel quale gli uomini traevano la sussistenza dai soli frutti che la terra spontaneamente produceva, dalla caccia, dalla pesca e dalle greggi che allevavano. Questo genere di vita li obbligava a cangiar spesso dimora: non avevano, per conseguenza, nè luogo nè abitazione fissa. Tale fino ai tempi, nei quali fu stabilita l' agricoltura, è stata l' antica maniera di vivere, la quale fra molte nazioni, come presso gli Sciti, i Tartari, gli Arabi ed i selvaggi, ec. si è conservata.

La scoperta dell' agricoltura introdusse costumi affatto diversi. I popoli, presso i quali si stabilì, furono costretti a prendere stabile dimora nel medesimo paese, e si unirono nelle borgate. Codesta specie di società avendo bisogno di maggior numero di arti, di quello che avessero bisogno i popoli che non conoscevano

l' agricoltura, dovette per conseguenza aver bisogno di molto maggior numero di leggi. Questa osservazione fa distinguere due ordini diversi nelle leggi positive: alcune convengono egualmente ad ogni specie di società politica, alcune non possono applicarsi che ai popoli agricoli.

Le leggi che egualmente convengono ad ogni specie di politica società, sono quelle che hanno servito di fondamento e di vincolo, senza le quali, in una parola, non avrebbe potuto durare forma alcuna di governo. Di questo genere sono le leggi che riguardano la distinzione del *Mio* e del *Tuo*, vale a dire, il dritto di proprietà, le leggi penali, quelle che stabiliscono le formalità del matrimonio, le leggi in fine che riguardano le rispettive obbligazioni che gli uomini, come membri di una società, gli uni cogli altri contraggono. Porremo ancora in questo numero lo stabilimento del pubblico e solenne culto, da tutte le civili nazioni, benchè sotto diverse forme, renduto alla Divinità; tal è l' ordine che può distinguersi nelle leggi positive.

Quelle che si mettono nel secondo ordine, suppongono una società, nella quale fossero già state inventate alcune arti, e per conseguenza un commercio ed un cambio di cose. Codeste leggi non sono che una estensione, ed una dilucidazione delle prime. Il dritto naturale, ossia l' equità, costituisce la base delle une e delle altre; ma le ultime hanno ricevuta la loro forma in ogni paese dal dritto civile. Questa forma ha dovuto necessariamente cangiarsi, per riguardo al clima, alle inclinazioni diverse dei popoli ed alle particulari circostanze: il carattere distintivo dei due ordini di leggi positive già stabiliti. Le differenti maniere con cui è stato modificato in ogni paese il secondo ordine delle leggi positive, forma quello che chiamiamo qui *dritto civile* di una nazione. Comprendonsi sotto questo nome tutte le leggi che sono state stabilite per regolare gli atti ordinarii della vita civile ed i particulari interessi dei varii membri della società. Tali sono state le leggi per conseguire le eredità, la forma delle vendite, dei contratti, ec.

La società presso quelle nazioni che traggono la propria sussistenza dalla caccia, dalla pesca e dalle greggie, non soffre molte leggi; perciocchè codeste nazioni essendo nella continua necessità di cambiare dimora ed abitazione, non hanno cognizione della proprietà, sorgente principale delle leggi civili. Questa, come si è detto, è stata la maniera più comune di vivere dei primi tempi; per altro le leggi civili non sono le più antiche; d'altro canto non possono esse aver luogo se non dopo lo stabilimento delle leggi, le quali propriamente stabiliscono il buon ordine di uno stato. Il primo ordine adunque delle leggi, vale a dire quelle che formano la costituzione essenziale di ogni specie di politica società si è quello che dobbiamo considerare in primo luogo.

Primo ordine delle leggi positive.

Non può dirsi cosa alcuna di certo sopra l'ordine e il metodo delle prime costituzioni politiche. Tutto quello che si spaccia su questo proposito si riduce a semplici congetture. I disordini eccessivi hanno fatto pensare a stabilire le leggi: di esse noi siamo obbligati al bisogno, molte volte ai delitti, rare volte ad una giusta previdenza. Vi è bensì qualche apparenza che la maggior parte delle leggi necessarie alla conservazione della società, siano state quasi tutte stabilite nel tempo medesimo. Per quanto si può congetturare, i regolamenti riguardanti i beni dei privati, le leggi penali, le formalità dei matrimonii ed il pubblico culto, saranno stati gli oggetti principali dei legislatori.

L'origine del dritto di proprietà dee ripetersi fino dalle prime adunanze. Nel momento in cui le famiglie formarono una società, ebbe subito luogo la distinzione del *Mio* e del *Tuo*. Con tutto ciò questo dritto non fu bene stabilito se non dopo lo stabilimento del governo politico. Allora fu necessario di mettere un certo ordine ed un certo regolamento negli affari della società. Vi si provvide per mezzo di regolamenti intesi ad assicurare a cadauno il pacifico possesso di ciò che godeva. Codesti vari regolamenti hanno fatto nascere il dritto civile. Ma, come abbiamo detto, il codice civile dei primi popoli sarà stato poco esteso. Privi della parte maggiore delle arti non avevano essi altri beni che i loro bestiami, alcuni mobili e pochi utensili, l'uso dei quali era ad essi assolutamente necessario: l'oggetto principale per cui erano state stabilite le leggi civili, era ad essi sconosciuto; non avevano bisogno di molte formalità per retificare i loro impegni e terminare le loro contese.

Il principal fine delle politice società si è di assicurare il riposo dei cittadini. È stato dunque necessario prendere delle precauzioni per porre un freno alle intraprese che avrebbero potuto turbarlo. L'esperienza ha fatto conoscere che la conservazione della società dipende interamente dalla potestà *coattiva*, la quale per mezzo di punizioni e di esemplari castighi incute timore ai malvagi, bilancia le attrattive del piacere e la forza delle passioni. Da questo principio sono derivate le leggi penali. Da quanto è a noi rimasto delle leggi degli antichi popoli, si osserva che il punto principale sopra cui aggiravansi, erano i delitti più comuni ai popoli brutali, come il furto, l'omicidio, lo stupro, il ratto e le ingiurie; in una parola tutto ciò che si commette con violenza.

Noi non possiamo intraprendere verun esame sopra la specie e qualità delle antiche leggi penali. Quella del *taglione* è in questo genere la più antica di tutte quelle che sono stabilite. Ella è presa dalla più sana e natural equità e presso gli Ebrei era esattamente osservata (Exod., c. 21, v. 23, 24 e 25); anzi sembra che Mosè

sopra codesta parte si fosse uniformato agli usi antichi. I selvaggi similmente anche al presente la seguono con esattezza (*Voyag. de Coréal*, tom. 1. ; *Voyag. de J. de Lery.* ; *Hist. gen. des Voyag.* , t. IV). Essa parimente era autorizzata dai legislatori greci e romani. Egli è vero però che codesta legge poteva in alcune circostanze essere soggetta ad inconvenienti anche impossibili ad eseguirsi ; e, per rimediarvi, furono in seguito stabiliti dei gastighi ed anche dei compensi per supplire alle riparazioni dovute per cagione della offesa che la legge puniva. Si trovano esempii di questa verità presso gli Ebrei (Exod., c. 21 , v. 22, 30 ; c. 22, v. 3, e 6).

Può in generale affermarsi che le antiche leggi penali erano severissime. Vedesi nei primi tempi Tamar condannata al fuoco pel delitto di adulterio (Gen., c. 38, v. 24). La medesima severità si osserva nelle leggi degli Egiziani ; quelle pure dei Chinesi ne sono una prova (*Hist. gen. des voyag.*, tom. VI). Deesi dire altrettanto delle leggi di Mosè. La bestemmia (Levit., c. 24, v. 11, ec.), l' idolatria (Exod., c. 22, v. 20; Levit., c. 19, v. 4), la inosservanza del sabbato (Numer., c. 15, v. 32, ec.; Exod., c. 31, v. 14. e 15), il sortilegio (Exod., c. 22, v. 18; Levit., c. 20, v. 27), l' omicidio (Exod., c. 11, v. 12; Levit., c. 24, v. 17), l'adulterio (Levit., c. 20, v. 10), l' incesto (ivi, v. 12 , 14 e 17), lo stupro (Deut., 22, v. 25), il peccato contro natura (Levit., c. 18, v. 21, 23 e 29; c. 20, v. 13, 15 e 16), le violenze usate verso il padre e la madre (Exod., c. 21, v. 15 e 17; Levit., c. 20, v. 9), erano misfatti tutti puniti con un genere crudelissimo di morte. I rei venivano bruciati o lapidati (vedi Calm., tom. II). Alcune leggi di Dracone , uno dei primi legislatori degli Ateniesi dicesi che erano scritte col sangue (Plutar. in Solone). La legge delle dodici Tavole presso i romani è piena di crudelissime disposizioni; vi si trova il supplizio del fuoco, il furto punito di morte, quasi sempre delle pene capitali. Presso gli antichi Galli il supplizio dei rei era quello di essere abbruciati vivi in onore degli dei (Caesar, *De bello Gallico*, l. 6, c. 15).

Le leggi non solo debbono assicurare la vita e la tranquillità dei cittadini, ma ancora lo stato dei particolari ; provvedere alla loro sussistenza , togliere ogni soggetto di discordia , dirigere lo spirito ed il cuore dei popoli, ed ispirare ad essi sentimenti adattati a mantenere la pace e la concordia nelle famiglie. Si vede presso tutte le nazioni incivilite due usi che debbono riguardarsi come base e sostegno di tutte le politiche società. Consiste il primo nelle formalità che accompagnano l' unione dell' uomo colla donna , che stabiliscono gl' imperi del matrimonio e lo stato dei figli; l' altro nelle cerimonie di un pubblico culto renduto solennemente alla divinità. Sono questi stati i mezzi più proprii ed efficaci che per regolare e conservare gli stati abbiano impiegato i legislatori.

La naturale inclinazione che porta i due sessi a scambievolmente ricercarsi è il principio che perpetua e mantiene la società. Se codesta inclinazione però non è entro giusti limiti contenuta, può divenire la sorgente di molti disordini. Avanti lo stabilimento delle politiche società, i due sessi, nel commercio che avevano insieme, non seguivano che il loro appetito brutale. Le donne erano di quello che il primo se ne impossessava.

> Quas venerem incertam rapientes more ferarum.
> Viribus editior caedebat, ut in grege taurus.
>
> Horat., l. 1, sat. 3, v. 109.

Passavano elleno tra le braccia di chiunque aveva forza per rapirle e destrezza per sedurle. I figli che nascevano da codesti sregolati commercii non potevano mai arrivare a sapere chi fosse il loro padre. Non conoscevano essi che la madre di cui per questa ragione portavano il nome (Sanchon., *apud Eusebium*; Varro, *apud August. De civit. Dei*, l. 18, c. 9; Nicol. Damasc. verbo l'ἀπάτορες et Λύκιοι apud Vales, *Excerpt.*; Solin., c. 30). Non vi era alcuno che incaricato fosse di allevarli, ed erano sovente esposti a perire.

Simile disordine non poteva essere che all'ultimo segno nocevole. Era però assolutamente necessario di una regola che portasse tranquillità nel commercio dei due sessi, che assicurasse ai figli la sussistenza e provvedesse alla loro educazione. Si giunse a questo fine sottoponendo a certe formalità l'unione dell'uomo colla donna.

> Concubito prohibere vago, dare iura maritis.
>
> Horat., De art. poet., v. 398.

Le leggi del matrimonio hanno posto il freno ad una passione che non vorrebbe riconoscerne alcuno. Esse hanno fatto anche più, nel fissare i gradi di consanguinità, i quali rendendo le unioni illegittime, hanno insegnato agli uomini a conoscere e rispettare i dritti della natura. Queste in fine sono quelle leggi, le quali assicurando la condizione dei figli assicurano allo stato dei cittadini ed alla società una forma stabile e sicura, nè ve ne ha alcuna che più di esse abbia contribuito a mantenere fra gli uomini la pace e l'unione.

L'instituzione delle leggi e delle formalità del matrimonio è antichissima. La scrittura ci pone sotto gli occhi esempli chiarissimi della venerazione che fino dai primi tempi si è avuta per uno stabilimento tanto necessario al riposo e conservazione delle società (Gen., c. 12, v. 19; c. 20, v. 9; c. 26, v. 10).

La storia profana è egualmente concorde sopra questa verità. Tutte le antiche tradizioni convengono nello attribuire ai primi sovrani i regolamenti spettanti alla unione dell'uomo colla donna.

Menete, il quale passa pel primo monarca degli Egiziani (Diod., l. 1), aveva presso codesti popoli stabilita la legge del matrimonio (Palaephat., *apud Chron. Alex.*; Cedren.; Suid., voce Πλάτωνι, tomo II). I Chinesi ne fanno l'onore a Fo-hi loro primo sovrano (Martini, *Storia della China*, l. 1). I Greci si confessano obbligati di tale salutevole instituto a Cecrope, il quale dee riguardarsi come il primo legislatore della Grecia. La favola, la cui origine dee ripetersi dai primi secoli, non ci presenta che spose legittime in ogni luogo. Giove, Osiride, Plutone, ec. non sono uniti che ad una legittima moglie. Anzi pretendevano i popoli di Creta di aver conservata la memoria del luogo, ove erano state celebrate le nozze di Giove con Giunone; ed ogni anno, con una rappresentazione fedele delle cerimonie, le quali portava la tradizione vi fossero state osservate, ne celebravano il giorno anniversario (Diod. l. 5).

Dalle leggi in fine da tutti i popoli civili osservate si deduce quanto i legislatori abbiano avuto a cuore di proteggere il matrimonio. Comandò Mosè che gli sposi pel primo anno del loro sposalizio fossero dispensati dall'andare alla guerra e generalmente esenti da tutte le cariche pubbliche (Deut., c. 21, v. 5). Presso i popoli del Perù erano pel primo anno liberi da ogni imposta (*Storia degl'Incas*, tomo II).

Gli antichi legislatori ebbero in vista molte altre cose affine di rendere più stretti i legami del matrimonio; e per conciliare ad essi maggior rispetto stabilirono pene contra quelli che avessero ardito d'intorbidarne l'unione e la concordia. In tutti i tempi ed appresso tutte le nazioni civili l'adulterio è stato proscritto (Gen., c. 38, v. 24; Levit., c. 20, v. 10; Iob., c. 31, v. 10 e 11; Dod., l. 1; Aelian., *Var. hist.*, l. 13, c. 24; Martini, *Storia della China*, l. 1; Acosta, *Storia nat. delle Indie*, l. 6, c. 18; *Conquista del Messico*, tomo I). Erano i legislatori bastantemente illuminati per vedere quanto questo misfatto fosse contrario al buon ordine ed al mantenimento del pubblico riposo. Collo stesso occhio hanno sempre riguardato lo stupro ed il ratto (Deut., c. 12, v. 25; Diod., l. 1; *Storia degl'Incas*, tomo I); e, per dir vero, non possono mai stimarsi superflue quelle precauzioni, le quali procurano di frenare una passione, le cui conseguenze condurrebbero seco la rovina totale della società. Passiamo ora alle instituzioni delle cerimonie religiose.

Lo stabilimento di un pubblico culto e solenne è stato senza dubbio quello che più di ogni altra cosa ha contribuito a raffrenare e rendere più umani i popoli ed a conservarli e stabilirli nella società. La esistenza di un ente supremo, arbitro sovrano di tutte le cose, assoluto padrone di tutti gli avvenimenti, è una delle prime verità, di cui ogni creatura intelligente, che voglia far uso della ragione, si dee necessariamente sentire tocca e commossa; da codesto intimo sentimento è derivata la naturale idea di ricorrere nelle calamità a questo ente onnipossente, di invo-

carlo negli urgenti pericoli e di procurare, per mezzo di atti esterni di sommissione e rispetto di conciliarsi la sua benevolenza e protezione. La religione è adunque anteriore allo stabilimento delle civili società, ed indipendente da ogni umana convenzione.

La depravazione però del cuore, l'accecamento dello spirito, e soprattutto la superstizione non hanno che troppo frequentemente oscurate e distornate le idee che l'uomo dee avere della divinità; esse le ha spesse volte confusamente trasportate a diversi enti, i quali ha creduto poterlo proteggere, e loro, in per conseguenza, indirizzati i proprii omaggi. Subito che molte famiglie si sottoposero ad una politica forma di governo, si conobbe quanto sarebbe stato pericoloso che ciaschedano godesse la libertà di formarsi un culto a proprio talento: la maggiore applicazione fu dunque quella di riunire tutti gli uomini ad osservare un pubblico culto ed uniforme. Non sia lecito ad alcuno di avere dei nuovi dei, dicevano le leggi romane, e che alcuno nemmeno in segreto presti culto ad alcun nume straniero, senza prima essere stato dalla pubblica autorità approvato (Cic., *De leg.*, 2, a. 8). La verità di questo principio è stata da ogni colta nazione riconosciuta poichè tutte hanno facilmente inteso non potere senza un pubblico culto sussistere una società. In qualunque incolto e rimoto paese si vada, si trovano degli altari, dei sagrifizii, delle feste, delle cerimonie religiose, dei sacerdoti, dei templi, dei luoghi pubblicamente e solennemente alla divinità consecrati.

Di tutto quello che si è conservato delle più antiche storie, si sa che i primi sovrani furono gl' instituttori delle cerimonie religiose ed i direttori del pubblico culto renduto alla divinità (Diod., l. 1; Hygio., Fab. 143; Dion. Alycarn., l. 2; Tacit., *Annal.*, l. 3, n. 26; Plut., tomo II; *Storia degl'Incas*, tomo I, c. 21). Anzi vedesi che nella prima origine e lungo tempo anche dopo, nelle persone dei sovrani, il sacerdozio era unito allo scettro. La scrittura santa lo attesta (Gen., c. 14, v. 18; 1 Reg., c. 13, v. 9; 2 Reg., c. 6, v. 13, 18 e 20; c. 24, v. 25). Omero e gli altri profani autori si spiegano sopra ciò chiaramente. Sarebbe adunque superfluo fermarsi più a lungo sopra questo punto; parliamo piuttosto di alcuni particolari usi, ai quali lo stabilimento delle prime positive leggi avrà data l'origine.

L'instituzione del dritto di proprietà e le leggi sopra il matrimonio, hanno necessariamente prodotto lo stabilimento di alcuni usi e costumi, i quali debbono riguardarsi come origine e base di tutte le leggi civili. Parleremo di questi usi, poichè essendo essi una natural conseguenza delle leggi politiche, avendo esse avuto luogo presso ogni specie di società civile ed essendo anche state anteriori alla fissazione delle leggi civili, le quali non sono state create che per renderle perfette, è necessario parlarne per seguire gli avanzamenti, i quali sono stati successivamente combinati per dar forma agli Stati e ai corpi politici. Codesti parti-

colari usi sono quelli stati in prima origine osservati sopra le convenzioni matrimoniali, sopra la maniera di celebrare e ridurre i contratti, sopra le eredità, in fine sopra la maniera di formare e contestare i giudizii.

L' uso moderno vuole che la donna porti al marito un'assegnata quantità di beni, dei quali esso gode l' usufrutto nel tempo del matrimonio. Presso gli antichi popoli vi era un costume affatto contrario; poichè quegli che voleva sposare una giovine era in qualche maniera quasi obbligato di comperarla o per mezzo di servizio che prestava al padre di quella ch' egli ricercava o per mezzo di doni che faceva alla medesima fanciulla. Abramo, allorchè mandava a domandare Rebecca per Isacco suo figlio, caricava Eliezer di una quantità considerabile di preziosi doni (Gen., 29, v. 18; ec.). Sichem nell' atto di ricercare in isposa Dina figlia di Giacobbe, dice ai di lei fratelli: Fate pel di lei maritaggio le più esorbitanti domande, ricercate quei regali che più vi saranno in grado, io di buona voglia vi darò tutto (Gen., c. 34, v. 12). Codesto costume è stato in vigore presso molti popoli, ed Omero fa sovente menzione di questo. La moda di comperare le donne che alcuno voleva sposare, si praticava presso gli antichi abitanti delle Indie, della Grecia, della Spagna, della Germania, della Tracia (Strab., l. 3, 15; Tacit. *De morib. German.*, Heraclid. Pont. *De polit.* voce Θρακῶν). Il medesimo si usava dai popoli delle Gallie (Vedi la *legge salica*, art. 46 e le *formole di Marcolfo*). Anche oggidì i Chinesi, i Tartari, i popoli del Tonchino, del Pegù, i Mori d' Africa, i Turchi, gli abitanti della Transilvania ed i selvaggi comprano le loro mogli (*Hist. gén. des voyag.*, tomo VI; *Lett. edif.*, tomo XIV; Marco Polo, l. 1, c. 49, 55; Dampier, *Rec. des voyag. de la compagnie des Ind.*; *Voyag. d Ovington*; tomo II, *Observ. de Bélon*, l. 3; *Voyag de la Boulaye*; Causab., in not. ad Strab.; *Costumi dei selvaggi*, tomo I; *Raccolta dei viaggi al Nord*; *Voyag. de Trézier*).

La divisione delle eredità è una dei più importanti oggetti della società; oggetto però che non ha potuto interessare che i popoli coltivatori; ma nel quale per altro ha dovuto prender parte per ogni ceto di persone colte. Perciò noi veggiamo che fino dai primi tempi si pensò a stabilirvi una regola (Vedi Gen., c. 48, v. 6). Pare per altro che i padri fossero allora assoluti padroni su questo affare, poichè vedesi che i figli che Abramo aveva avuto da altre mogli fuori di Sara, non ebbero parte alla di lui eredità, essendo da lui stati esclusi per dar tutto ad Isacco, essendosi questo patriarca contentato di fare anche vivente qualche dono agli altri suoi figli (Gen., c. 25, v. 5, 6). Vediamo pure Giacobbe far dono a Giuseppe di tutte le terre conquistate sopra gli Ammorei (Gen., c. 48, v. 22). L'autore del libro di Giacobbe osserva che codesto sant' uomo nella divisione della sua eredità diede alle figlie una parte eguale a quella dei loro fratelli (Iob. c. 42, v. 15).

Vi erano però fino da quel tempo alcune prerogative attaccate al dritto di primogenitura, come sufficienti prove di ciò possono ricavarsi dalla storia di Esau e di Giacobbe (Ved. Gen., c. 49, v. 3). Codesto dritto di primogenitura servì pure di pretesto a Labano per giustificarsi presso Giacobbe per l'indegna soperchieria usata, sostituendo Lia a Rachele, la quale eragli stata promessa (Gen., c. 29, v. 26). I migliori scrittori antichi finalmente ci insegnano che secondo l'uso universale ed il costume di tutte le civili nazioni i primogeniti avevano dell'autorità sopra gli altri fratelli (Iliad., l. 15, v. 165; Herod., l. 7, o. 2).

Deesi ancora mettere nel numero dei più antichi stabilimenti l'invenzione di alcuni mezzi ed usi proprii a dar certezza ed assicurare circa alcuni atti della vita civile.

Gli affari premurosi della società, come le obbligazioni reciproche, le vendite, lo stato delle persone, la proprietà e la quantità dei beni, i matrimoni, i giudizi, ec. hanno in ogni tempo avuto bisogno di una certa pubblicità che ne assicurasse l'esecuzione ed il valore. Furono perciò ritrovate alcune formule per concepire tali atti e data autorità ad alcune persone per riceverli e stabiliti alcuni pubblici depositi ove consegnarli, affine di consultarli e ricorrere ad essi quando lo portasse il bisogno. Tutta la società civile è fondata sopra la sicurezza degli scambievoli impegni che contraggono i differenti membri che la compongono.

I popoli sono stati lungo tempo senza conoscere l'arte di dipingere la parola e di renderla stabile e permanente, onde tutti gli atti si passavano verbalmente. Bisognava però autenticarli e la forma n'era di farli in pubblico ed in presenza di testimonii (Hom., *Iliad.*, l. 18, v. 499, ec.; Dion. Halicar., l. 2; Syncell., p. 102). Allorchè Abramo comperò da Efron una caverna per interrarvi il corpo di Sara, se ne fece la vendita in presenza di tutto il popolo (Gen., o. 23). Omero nella descrizione dello scudo di Achille, descrive due cittadini che altercavano per la pena da pagarsi a cagione di un omicidio. La udienza è tenuta in pubblico. Quegli che ha commesso l'omicidio sostiene in faccia del popolo di aver pagata la pena; il parente del morto assicura non averla ricevuta, e tutti e due, dice il poeta, per terminare la differenza, ricorrono alla deposizione dei testimoni (Iliad., l. 18, v. 499, ec.). Anche oggigiorno vi sono dei popoli, i quali non avendo alcuna sorta di scrittura, usano simili mezzi per istipulare i loro contratti (*Storia generale dei viaggi*, tomo III).

Si potè ancora supplire allo scrivere con alcune altre invenzioni. Si sa che vi sono alcune nazioni, la condotta delle quali può dare idea dei modi tenuti nei primi tempi. Questi popoli per istipulare i loro contratti di vendite, di compre, prestiti, ec. adoperano certi pezzi di legno diversamente intagliati. Questi sono divisi in due parti eguali, una delle quali rimane presso il creditore e l'altra presso il debitore. Quando il debito è pagato o la

promesso adempiuta ciascuno restituisca il pezzo che teneva per sua sicurtà (ivi, l. 7; Marco Polo, l. 2, c. 41; *Rec. des voyag. au Nord*, tomo VIII). Anticamente bastavano tali mezzi per istipulare gli atti; ed atteso il genere di vita che menavano i primi popoli convien dire che bastassero poche clausole nei loro contratti.

Alle porte delle città, vale a dire in presenza di tutto il popolo, si rendeva anticamente giustizia. Giobbe c' insegna che tale era la moda del suo tempo, (c. 9, v. 7). Mosè parimente fa menzione di tale uso (Gen. c. 23, v. 18), uso, che secondo la testimonianza di Omero sussisteva ancora nei tempi eroici (Iliad. l. 18, v. 497, ec.,). Codeste costumanze dovevano la loro origine alla ignoranza dei primi tempi, nei quali non era conosciuta la maniera di scrivere; il solo mezzo che vi era allora per contestare i giudizi, era di farli in pubblico. Per altra parte però, come anticamente appena le leggi civili erano note, così vi erano pochissime formalità da osservarsi. Tutti gli affari dipendevano dalla disposizione dei testimoni (ivi, v. 501), dopo sentiti i quali, si veniva alla sentenza. Questa maniera di amministrare la giustizia osservasi ancora in molti paesi (*Storia gen. dei viaggi*, tomo V). Riportiamo adesso ciò che anticamente si praticava per pubblicare la leggi.

Abbiamo già detto che i popoli erano stati assai lungo tempo senza conoscere l'arte dello scrivere, ma assai per tempo avevano essi immaginati altri mezzi per supplire a questa mancanza. Il più generale ed usato era di comporre in versi la storia dei fatti dei quali volevano conservar la maniera e di poi adottare al canto codesti versi. I legislatori ancora hanno fatto uso di tale espediente per far passare alla posterità i regolamenti fatti da essi. Le prime leggi di tutti i popoli sono state composte in versi e poi cantate (Plat. in Min.; Aristotel. *Problem.*, sess. XIX, problem. 28). Apollo, secondo una tradizione antichissima, passava per uno dei primi legislatori (Strab., l. 9, Suid., voce Νομοκιδαρ, tomo II), ed era fama ch' egli avesse pubblicato le sue leggi al suono della lira (Suid. ivi), vale a dire che le avesse messe in versi da cantare. Abbiamo delle prove sicure essere le prime leggi della Grecia state una specie di canzoni. Le leggi degli antichi abitanti delle Spagne erano egualmente composte in versi che si cantavano (Strab., l. 3). Tuistone era riguardato dai Germani come il loro primo legislatore, da cui dicevano aver ricevute le leggi in versi ed in canto (Vedi Kuhnius, *ap. Aelian.*, *Var. hist.*, l. 2, c. 39, not. 1). Anzi quell' uso di mettere in canto le leggi si è presso molti popoli conservato per lungo tempo (Arist. *Problem.*, sess. XIX, problem. 28; Aelian., *Var. hist.*, l. 2, c. 39).

Secondo ordine delle leggi positive, cioè delle leggi civili.

Quello che fino al presente abbiamo veduto sopra l'origine e lo stabilimento delle leggi è adattabile ad ogni specie di politica società. Cominciamo adesso a parlare di quelle che i popoli coltivatori debbono la loro origine. Questo secondo ordine di leggi per l'antichità e per lo bisogno dello stabilimento, poco si discostano dalle prime. Nel dare che fece l'agricoltura origine alle arti ed al commercio, la diede per una conseguenza naturale anche al dritto civile.

La coltivazione della terra ricerca molta attenzione, molta fatica, onde quei popoli che si appigliarono a tal genere di vita, furono obbligati a procacciarsi colla propria industria que' de' quali abbisognavano. Simili ricerche hanno dato origine a molte arti; queste hanno prodotto il commercio; il commercio ha moltiplicati gl'interessi rispettivi e particolari di vari membri della società. Per tutte codeste diverse cose sono stati necessari differenti regolamenti e per questa ragione l'agricoltura per cagione delle sue dipendenze ha dato luogo alla formazione di molte leggi; e queste leggi adattate al governo dei popoli coltivatori, hanno formato il corpo della giurisprudenza civile.

La prima legge, che può supporsi stabilita, sarà stata per assegnare ed assicurare ad ogni abitante una certa quantità di terreno. Ne tempi, nei quali non era anche nota la coltivazione, le terre erano in comunità; non vi erano limiti, nè confini che ne regolassero la divisione:

> . . . . Non fixus in agris
> Qui regeret certis finibus arva lapis.
>
> Tibul., l. I, eleg. 3, v. 43.

Dal che seguitava che cadauno prendeva pel proprio mantenimento, ovunque il trovasse, tutto quello che gli abbisognava:

> In medium quaerebant.
>
> Virg., Georg., l. I, v. 127.

Abbandonavansi, o si tornavano ad abitare le stesse contrade secondo che erano più o meno fertili, ma tale maniera, dopo trovata l'agricoltura, non fu, più praticabile. Bisognò allora distinguere le possessioni e prendere le necessarie misure affinchè ognuno potesse godere del frutto di sue fatiche. Egli era ben giusto che quegli che aveva seminato il grano, potesse essere sicuro di raccorlo e che verun altro non profittasse dei sudori sparsi da lui. Da questo principio sono derivate le leggi sopra la proprietà dei terreni e sopra la maniera di dividerli e di goderli. Queste atten-

zioni hanno sempre occupati i savi legislatori. Ci racconta Omero che una delle cure principali di quei che negli antichi tempi formarono nuovi stabilimenti, fu quella di dividere la terra fra gli abitanti della colonia (Odyss., l. 6, v. 10). I Chinesi dicono similmente che Giuhoaud, uno dei loro primi sovrani, divise in nove parti tutte le terre del suo impero, una delle quali fu destinata per le abitazioni, le altre otto per l'agricoltura (Martini. *Storia della China*). Noi veggiamo parimente nella storia del Perù che i primi Incas avevano grande attenzione a distribuire e partire le terre fra i loro sudditi (Acosta, *Storia delle Indie occid.*; *Storia degl' Incas*).

Non bastava però avere stabilito e regolato il partaggio delle terre se non si pensava ancora a reprimere e prevenire le usurpazioni. Gli antichi legislatori ebbero tutta l'attenzione sopra tal punto. In vista di prevenire ogni motivo di discordia e di mettere un freno alla cupidigia, obbligarono ogni particolare a fissare per mezzo di confini l'estensione del proprio terreno, o servendosi di di quelli che la natura offeriva, o mettendovi dei contrassegni forti e durevoli. Questo costume è molto antico e si trova notato espressamente nella Genesi (c. 4, v. 14). Fino dai tempi di Giobbe era in uso tal modo ed egli annovera fra i cattivi ed usurpatori coloro che levavano i confini delle possessioni (c. 24, v. 2). Mosè ancora fece una proibizione espressa sopra tal punto agl' Israeliti e dalla maniera con cui egli si spiega, vedesi che l'usanza di distinguere le eredità coi confini era molto anteriore di tempo a questo legislatore. *Non assumes et transferes terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione tua* (Deut., c. 19, v. 14). Gli autori profani ci danno egualmente a conoscere quanto fosse antico questo costume, poi che Omero ne parla come di cosa già inveterata (Iliad., l. 12, v. 421, 405). Virgilio ne ripete l'origine dal secolo di Giove, vale a dire dai più remoti tempi.

> . . . . Ante Iovem
> Nec signare quidem aut partiri limite campum
> Fas erat.
>
> Georg., l. I, v. 125.

Nel tempo medesimo si pensò a stabilire delle rigorose pene contra i trasgressori. Numa aveva stabilita la pena di morte contra i rei di simile attentato (Dion Halicarn.; Fest., voce *Termine*). In un affare onde dipende il buon ordine della società, la politica fece prendervi parte anche alla religione, onde coloro i quali le umane leggi non erano valevoli a frenare, fossero tenuti in dovere dal timore dello sdegno dei numi.

L'agricoltura adunque ha dato principio alla proprietà dei domini; codesta proprietà però necessariamente si cangia per la morte di ciascun possessore. Le fatiche e le pene che esiga la coltura della terra, hanno in maniera particolare fatto interessare gli uo-

mini in un oggetto che costa loro tante fatiche. Di qui è provenuta la cura di trasmettere il possesso alle persone più care; fu dunque necessario stabilir delle leggi per regolare la maniera con cui dividere le eredità, nel caso che un uomo lasciasse molti figli o che morisse senza posterità, oppure se in maniera particolare avesse voluto disporne. La divisione adunque delle leggi ha dato l'origine al dritto ed alla giurisprudenza. *Itaque agrorum divisione inventa sunt iura* (Macrob., *Saturnal.*, l. 3, c. 12); e le leggi spettanti a questa materia formano una delle più considerabili parti del codice civile.

Infinite sono le leggi, alle quali ha dato occasione l'agricoltura. Basti osservare che volendo considerare il dritto civile nella sua prima origine, non dee perdersi di vista che da essa e dalle altre arti dalla medesima derivate esso è proceduto. Senza ciò non sarebbe possibile entrare in un giusto esame sopra le leggi civili dei popoli antichi, poichè di codesti rimoti tempi noi non abbiamo nè fatti, nè ragguagli storici. Quello solo che vi è di probabile si è che il dritto civile da principio sarà stato molto incerto; la giurisprudenza non ha potuto perfezionarsi che per successione di tempo. Un legislatore non può prevedere tutti gli avvenimenti. La diversa esigenza dei casi, le nuove circostanze hanno dato motivo per fissare la parte maggiore delle leggi civili, ed ogni volta ch'è succeduto un nuovo accidente, si è fatta una nuova legge.

L'agricoltura, come si è già detto, ha prodotto la parte maggiore delle arti; le arti hanno prodotto il commercio, ed il commercio ha dovuto necessariamente dare occasione a molti regolamenti, i quali in seguito è stato necessario di riformare ed ampliare a misura che si è dilatato il commercio, che si è perfezionata l'industria, che si sono introdotti nuovi generi di mercatanzie, che si sono fatte nuove ricerche e che finalmente l'abbondanza ha prodotto la magnificenza ed il lusso.

Non si è conosciuta la maniera di lavorare i metalli che dopo un certo tempo e l'uso che si è fatto di questa scoperta ha prodotto nuove arti e perfezionate le già inventate; ed ecco un'altra sorgente di nuove leggi. L'introduzione di questi stessi metalli considerati nel commercio come prezzo comune delle merci, ha dovuto necessariamente condur seco nuovi regolamenti e nuovi ordini. Gli acquisti e le obbligazioni sono necessarie conseguenze del commercio e dell'industria, della circolazione e del moto del danaro. Da questo ebbero origine alcune formole proprie a stipulare quegli atti per mezzo dei quali possono i cittadini gli uni cogli altri scambievolmente obbligarsi. Da questo pure il necessario stabilimento dei pubblici ufficiali, incaricati di ricevere e di conservere questi atti.

Aggiungasi a tutto questo che le guerre hanno bene spesso fatto cangiare aspetto agl'imperi; le conquiste hanno introdotto nuove maniere di pensare, nuovi costumi e nuove arti. Il sistema poli-

tico degli Stati ha dovuto per conseguenza molte volte, secondo le varie circostanze e le diverse posizioni nelle quali si trovavano i popoli, cangiarsi e per conseguenza il sistema delle leggi ha dovuto soffrire delle variazioni.

Per altra parte, la variazione sola dei tempi ha potuto far conoscere gli abusi e gl'inconvenienti di alcune leggi, le quali saranno state o corrette per mezzo di nuovi regolamenti, o ad esse saranno state sostituite delle più adattate alle congiunture de'tempi. Gli autori che soli possono darci istruzioni circa la giurisprudenza dei popoli antichi; non hanno, sopra questa materia, avuto cognizioni assai esatte; non hanno eglino conosciute le nazioni delle quali parlano che in tempi molto posteriori a quelli dei quali adesso trattiamo, ed allora il codice civile di codeste nazioni aveva acquistato una forma stabile e sicura. Gli storici dell'antichità non hanno potuto parlare che della leggi che erano in vigore nei secoli nei quali scrivevano. Benchè dunque l'epoca della maggior parte di esse non sia cognita, non è da presumersi che tutte quelle, delle quali s'ignorano gli autori, siano state produzioni dei primi legislatori. Diciamo ancora che la maggior parte degli antichi scrittori ha generalmente fatta pochissima attenzione alla giurisprudenza ed alle leggi civili dei popoli antichi.

Noi ci affatichiamo adunque a ricercare quali saranno state le prime leggi civili; basti il sapere che tutte quelle che hanno in seguito formato il codice civile delle nazioni, o direttamente o indirettamente hanno tratta origine dall'agricoltura. La storia indipendentemente da ogni riflessione attesta questo nella più solenne maniera. Si considerino di passaggio gli annali di tutti i popoli civili e vedrassi le leggi aver cominciato unitamente coll'agricoltura, e l'uno e l'altro stabilimento essere stata opera dei primi sovrani. L'Egitto decantava i servigi da Osiride renduti al genere umano per mezzo della ritrovata agricoltura e per le sue leggi (Diod., l. 1). I Greci dicevano lo stesso di Cerere; i primi popoli dell'Italia di Saturno (Arist., *Polit.*, l. 7, c. 10; Macrob., *Satur.*, l. 1, c. 7); gli antichi abitanti della Spagna di Habis (Iustin., l. 44, c. 4); i Peruani di Manco-Capac (*Storia degl' Incas*, tomo 1); ed i Chinesi di Yao (*Acad. des Inscript.*, tomo X).

Osserviamo sol di passaggio quanto gli antichi legislatori abbiano stimato l'agricoltura necessaria ed essenziale alla conservazione della società; e questo può con tutta ragione dedursi dalle precauzioni prese per assicurarne ai loro popoli il possesso pacifico. Non è possibile senza l'aiuto degli animali coltivare la terra. Sul timore che la specie di quelli destinati a lavorare potesse mancare, le antiche leggi sotto pena della vita avevano proibito uccidere alcun animale di quelli a ciò destinati; è questa una delle prime leggi della Grecia, osservate da molte nazioni (Nicol. Damasc., presso Stob., serm. 12; Ael., *Hist anim.*, l. 12, c. 34; Varro, *De*

re rust., l. 2, c. 5; Plin., l. 8, c. 45; Porphyr., *De abstin.*, l. 2). Il rispetto che gli antichi avevano pel bove, perchè destinato al al lavoro della terra è attestato da tutti gli scrittori antichi; ond'ero delitto degno di morte overne ucciso un solo: *Ab hoc antiqui*, dice Varrone, *manus ita abstineri voluerunt ut capite sanxerint si quis occidisset* (*De re rust.*, l. 2, c. 5). Anche oggidì in molti paesi si ha la stessa attenzione per un animale, il quale rende all'uomo servigi tanto segnalati. Dai precetti di Rama, tanto rispettati nelle Indie, egli è espressamente proibito uccidere un bove (*Voyage de la Boulaye*); nel Mandurè è similmente un delitto degno di morte; nella Siria non se ne mangiano mai, come neppure vitelli, affine di conservarli per lavorare le terre. In una delle isole francesi dell'America era in altri tempi proibito sotto pena di morte ammazzare i bovi, per non impedire la moltiplicazione della specie. Egli è probabile che lo stesso ragione di politica avrà indotti gli antichi legislatori a fare simili proibizioni, poichè anticamente i bovi soli servivano per l'agricoltura.

Sembra che questo condotta abbia ancora un altro motivo, oltre d'impedire il pericolo della mancanza del bestiame. Dovevano i primi legislatori governare uomini feroci, i quali allora cominciavano a lasciare la barbarie. Non è da dubitarsi che nello proibizione di uccidere gli animali non abbiano avuto in vista d'ispirare ai popoli sentimenti di umanità e di compassione verso i loro simili, usandoli ancora verso le bestie. Si trovano presso gli Ebrei molte leggi che sembrano essere state dettate per questo ragione. Nel comandare Iddio il riposo del settimo giorno, dice di farlo per dare qualche sollievo agli schiavi ed alle bestie di servizio (Exod., c. 23, v. 12). Egli proibisce di castrare gli animali e di legare la bocca del bove che trebbia il grano (Levit., c. 22, v. 23). Comanda ancora che non si prenda la madre se si troverà nel nido sopra i piccoli figli già nati od in otto di covare le uova (Deut., c. 22, v. 6, 7; Exod., c. 23, v. 9). Mosè per altro non è stato il solo che abbia comandato di trattare con dolcezza gli animali; le leggi di molti altri popoli sono state consimili. Vedi sopra ciò una legge assai notevole di un imperatore del Giappone presso Kaempfer, *Storia del Giappone*, tomo I.

Fra tutti gli effetti cagionati dall'agricoltura il più considerabile ed il più sensibile è stato quello di obbligare i popoli che si erano dati all'esercizio di essa, a stabilirsi in una stesso contrada. Questo genere di vita obbliga a fabbricare delle buone e durevoli abitazioni, ed innalzarle vicine le une alle altre per poter con facilità scambievolmente aiutarsi. In questa maniera si sono formate le città, e le prime delle quali facciasi nelle storie menzione hanno avuto principio nella Caldea, nella China e nell'Egitto, paesi tutti nei quali da tempo immemorabile i popoli si erano dati alla coltura delle terre. Secondo il sentimento dei migliori scrittori antichi, la politica e le città nacquero insieme (Plat., *De legib.*, l. 3,

6); e siccome la fondazione delle città ha dato principio a grandi imperi, così noi vediamo che i popoli che hanno coltivata la terra sono stati i primi che abbiano formati domini potenti a considerabili. Gl'imperi di Babilonia, di Assiria, della China hanno tratta l'origine in quella parte dell'Asia, in cui la coltura delle terre aveva sempre formata la principale occupazione dai popoli, l'Egitto, senza far parola dei Greci e dei Romani, ai quali si possono con giustizia accoppiare i popoli del Messico e del Perù del nuovo continente, ne somministrano un esempio ben chiaro. Tutti questi per la cognizione della agricoltura hanno avuto il comodo di unirsi in un corpo considerabile nel medesimo luogo, avendovi il necessario per la propria sussistenza. La caccia, la pesca ed i frutti, i quali naturalmente produce la terra, non bastano per mantenere in un medesimo paese gran numero di uomini. Le nazioni che non hanno altri mezzi che questi, sono obbligate di andar vagabonde di contrada in contrada, senza mai potersi in numeroso corpo adunare. Non vi è paese che possa bastare al loro mantenimento, e per l'altra parte tali produzioni sono a tanti accidenti soggette che molto spesso possono mancare. La sola agricoltura è capace di dare la sussistenza nel medesimo tempo a numerosa società in uno stesso paese, e di somministrare anche provvisioni per l'avvenire. Alla scoperta dunque ed all'esercizio di questa arte dobbiamo tutto quello cha può contribuire a sollevare ed a rendere più dolce la umana condizione.

Indole, caratteri e requisiti delle leggi positive.

Le leggi positiva danno alle leggi naturali tutto lo effetto che devono avere, a fine di rendere gli uomini felici; perciocchè: 1. Esse servono a far conoscere più particolarmente la stesse leggi naturali; 2. Danno loro un nuovo grado di forza e ne rendono più sicura l'osservanza col mezzo della loro sanzione e delle pene che il sovrano infligge a coloro che le disprezzano e le violano; 3. Servono pure a spiegare ciò che può esservi di oscuro nalle massime del dritto naturale; 4. Modificano in varie guise l'uso dei dritti che a ciascuno naturalmente competono; 5. Finalmenta, determinano le formalità che si devono seguire, le cautele che si devono prendere per rendere efficaci e valide le obbligazioni cha gli uomini contraggono l'uno verso l'altro, ed in qual modo ciascuno dee far valere il proprio dritto in giudizio.

Si possono distinguere due sorta di leggi positive, le une sono tali riguardo alla loro autorità solamente, e le altre riguardo alla loro origine. Si riferiscono alla prima classa tutte le leggi naturali che servono di regola nei tribunali civili, e che sono d'altronde confermate da una nuova sanzione del sovrano. Tali sono tutte quelle che determinano quali sono i delitti che debbono es-

sere puniti giudizialmente, quali sono le obbligazioni per le quali si può aver azioni dinanzi ai tribunali, ec.

Quanto alle leggi positive, così chiamate a causa della loro origine, esse sono leggi arbitrarie, le quali hanno unicamente per principio la volontà del sovrano e che suppongono certe instituzioni umane: ovvero che si aggirano sopra cose che si riferiscono al bene particolare dello Stato, benchè indifferenti in se stesse e indeterminate dal diritto naturale. Tali sono le leggi che regolano le formalità necessarie ai contratti, ai testamenti, i modi di procedere in giudizio ec., bene inteso che questi regolamenti debbono avere in mira il bene dello Stato e dei privati; e quindi sono propriamente supplementi alle stesse leggi naturali.

Ella è cosa assai importante di ben discernere nelle leggi positive ciò che hanno di naturale e di necessario, da ciò che vi è di arbitrario. Le massime del diritto naturale, senza l'osservanza del quale i cittadini non potrebbero vivere in pace, debbono necessariamente aver forza di legge in tutti gli Stati. Quanto alle altre regole del diritto naturale che non interessano tanto essenzialmente il bene della società, non conviene sempre dar loro forza di legge. L'esame delle azioni contrarie a queste regole, darebbe sovente luogo a discussioni assai difficili, e ad una infinità di liti.

Benchè il potere di far leggi sia un potere supremo, tuttavia non è un potere arbitrario. E primieramente il sovrano non può nè comandare, nè vietare se non le azioni volontarie e possibili; egli non può nulla stabilire di contrario a ciò che le leggi naturali espressamente comandano o vietano.

Bisogna per altro guardarsi bene dal confondere qui due cose che sono affatto distinte, cioè lo stato naturale e la legge di natura. Lo stato naturale dell'uomo può soffrire varii cangiamenti, diverse modificazioni di cui l'uomo è il padrone e che nulla hanno di contrario alle sue obbligazioni e ai suoi doveri. A questo riguardo le leggi civili possono recare qualche cangiamento allo stato naturale degli uomini, e in conseguenza fare alcuni regolamenti sconosciuti dal diritto naturale, senza che per queste esse abbiano nulla di contrario alle leggi naturali che suppongono lo stato di libertà in tutta la sua estensione, ma che permettono per altro all'uomo di modificare e di restringere questo stato nel modo che gli sembra più vantaggioso.

Tuttavia noi siamo ben lontani dall'approvare la opinione di quegli scrittori, i quali pretendono non essere possibile, che le leggi positive siano contrarie al diritto naturale, perchè, dicono essi, nulla vi è di giusto od ingiusto prima del loro stabilimento.

Ella è cosa tanto irragionevole il sostenere che prima delle leggi positive e della società, non vi fosse alcuna regola di giustizia cui gli uomini fossero soggetti, quanto il pretendere che la verità e la rettitudine dipendano dalla volontà degli uomini, non già dalla natura stessa delle cose. Non sarebbe stato nemmeno possi-

bile agli uomini fondare società capaci di conservarsi, se precedentemente a queste società non vi fosse stata nè giustizia, nè ingiustizia, e se non si avesse avuto la persuasione ch' era giusto di mantenere la propria parola e ingiusto di mancarvi.

Tal è in generale l' estenzione del potere legislativo e la natura delle leggi positive; col mezzo delle quali questo potere si spiega. Da ciò risulta che tutta la forza delle leggi civili consiste in due cose, cioè nella loro *giustizia* e nella loro *autorità*.

L' autorità delle leggi positive consiste nella forza che loro dà la potenza di colui ch' essendo rivestito del potere legislativo ha diritto di fare queste leggi. Quanto alla giustizia delle leggi positive, essa dipende dal loro rapporto coll' ordine della società, di cui esse sono le regole, e dalla loro convenienza coll' utilità particolare che si trova a stabilirle, secondo che i tempi e i luoghi lo esiggono.

Quantunque certi e incontrastabili sieno questi principii generali, bisogna tuttavia guardarsi bene dall' abusarne nell' applicazione. Ella è senza dubbio cosa essenziale ad ogni legge l'essere giusta ed equa; ma non si dee già conchiudere da ciò che i privati abbiano diritto di ricusare obbedienza agli ordini del sovrano, sotto il pretesto che non li trovano del tutto giusti. Perciocchè, oltre che bisogna condonare qualche cosa alla debolezza inseparabile dall' umanità, la sicurezza della società, porta il rovesciamento della società medesima; i sudditi hanno l' obbligo di soffrire gl' inconvenienti che possono risultare da alcune leggi ingiuste piuttostochè esporre colla ribellazione lo Stato ad essere rovesciato.

Il legislatore per altro nello stabilire le leggi positive avrà tutta la cura di seguire le seguenti norme: 1. Egli dee sempre avere mente a quelle regole primitive della giustizia che Dio stesso ha stabilite, e fare in modo che le sue leggi vi sieno perfettamente conformi. Quanto più le leggi positive saranno conforme alle leggi naturali, tanto più potranno essere utili; quanto più se ne scosteranno o le altereranno, tanto più saranno nocive; 2. Bisogna che le leggi siano di natura tale da poter essere osservate, e facilmente seguite. Le leggi troppo difficili ad eseguirsi, non sono proprie che a compromettere l' autorità de' magistrati, o a dar luogo a sollevazioni capaci di rovesciare lo Stato; 3. Bisogna ben guardarsi dal far leggi sopra cose inutili e non necessarie; 4. Che le leggi siano tali che i sudditi si determinino da sè stessi, anzichè per necessità, alla loro osservanza. Perciò, non bisogna fare se non leggi, l'utilità delle quali sia evidente, od almeno spiegare e far conoscere ai sudditi le ragioni e i motivi che hanno indotto a stabilirle; 5. Non si dee facilmente risolversi a cangiare le leggi stabilite, senza una grande necessità. La frequenza dei cangiamenti delle leggi infievolisce, senza dubbio, la loro autorità, e quella dello stesso legislatore; 6. Il sovrano non dee accor-

dar dispense senza fortissime ragiooi, altrimenti le leggi s'iodeboliscono e si dà luogo a gelosie sempre pernioiose allo Stato, ed ai privati; 7. Bisogoa fare io modo che le leggi si prestioo viceodevole soccorso, vale a dire che le une predispongooo alla obedieuza delle altre, e che la reodano più facile; 8. Il principe che vuol fare nuove leggi, dee soprattutto fare attenzione alle circostanze. Da ciò dipeodooo principalmente, il buon esito di una legge nuova ed il modo con cui essa viene ricevuta; 9. Finalmeote, il mezzo più efficace che il principe possa porre in opera per far osservare esattameote le sue leggi, è quello di assoggettarviai egli stesso, e di essere il primo a daroe l'esempio: *Digna vox est maiestate legnantis, legibus alligatum se principem profiteri.*

LEGGI AGRARIE. — Vedi *agraria legge.*

LEGGI DEI BARBARI. Così chiamansi le leggi de' Visigoti; un editto di Teodorico re d'Italia; le leggi dei Borgogooni; la legge salica e quella de' Ripuarii (1) che erano propriamente le leggi

---

(1) La legga salica, *lex salica*, o piuttosto *factum legis salicae*, chiamata pure *lex francorum seu francica*, era la legge particolare dei Fraochi cho abitavauo tra la Mosa ed il Reno, come le leggi dei Ripuarii era quella del Fraochi che abitavano tro la Loira a la Mosa. Vario sono le opinioni intorno all' origioe dell' atimologia della legge salica: noi non ne riferiremo qui cho alcuna. Alcuoi hanoo preteso che questa leggo sia stata chiamata *salica*, perchè è stata fatta in Loreoa sopra il piccolo fiume *Scille* in latino *Salia* il quale sbocca nella Mosello. Ma questa etimologia, non si accorda colla prefaaiooe della legge salica da cui si rileva essere stata scritta prima cha i Fraochi avessero varcato il Reno. Quelli cho l' attribuiscono a Faramondo, dicooo che fu così chiamata da Salogast, uoo de' principali consiglieri di quel principo o piuttosto duca; ma Tillet osserva che Selogast non era un nome proprio e cho questo nome significava *governatore de' paesi salici*. Si ritieoo dunque cho questa leggo fosse dapprima stesa nell' anoo 422 in liogua germanica avanti che i Franchi avessero passato il Reno. Altri vogliono cho la voca *salica* derivi da *sala* che sigoifica *casa*, d'oode fu chiamata *terra salica* quella ch' era all' intorno della casa; a che la legge di cui parliamo, abbia preso il sopranoome di salica, a caosa della famosa disposiaione cho essa contiena riguardo alla terra salica, che era riguardata coma il titolo cha assicurava la corona ai maschi ad esclosiona delle femmioe. Altri ancora pensaoo, e con maggior ragione, che la legge salica sia stata così chiamata, perchè era la legga dei Franchi Salici, vale a dire di quelli che abitavaoo lungo il fiome Sala che faceva parto dell' antica Germaoia. Altri fioalmeoto credoco cho i Francesi Salici; dal nomo de' quali fu soprannominata la *legge salica*, fosse uoa miliaia o faziona di Franchi che furono chiamati Salici *a Saliendo*, perchè questa milizia o nasiooe, staccaodosi dall' antica Francia faceva improvvise scorrerie nella Gallia. In fatti, i Francesi Salici erano per eccelleoza, come i popoli più agili al corso, secondo ciò che dica Sidone Apollioare, *sauromata clypeo, salius pede, falce gelonus.* Checchè si dica iotorna all' etimologia del nome di Salici, sembra certo cho la leggo salica fosso la leggo di quel popolo, a che il suo nome sia derivato da quello di Salici; erano questi i più nobili dei Franchi, i quoli fecero la cooquista di uoa parte dello Gallie contra i Romani.

dei Franchi; la legge dei Germani; quella de' Bavari, degl' Inglesi, e dei Sassoni; la legge de' Longobardi, i capitolari di Carlo Magno e le costituzioni dei re di Napoli e di Sicilia. — *Veggasi* Canciani, *De legibus barbarorum*.

LEGGI CIVILI. — Vedi *leggi positive*.

LEGGI DELLE DODICI TAVOLE. Dopo scacciati i' re da Roma, il popolo, che servivasi del solo *gius incerto*, cominciò finalmente a pensare di stabilire con leggi la repubblica.

Primo di ogni altro Caio Terentillo Arsa tribuno, accusando dinanzi alla plebe la superbia de' senatori e l'impero de' consoli, propose una legge affinchè eletti fossero cinque personaggi, i quali estendere dovessero le leggi regolatrici dell'impero consolare. Ciò avvenne nell'anno 292 dalla fondazione di Roma e 47 dall'espulsione de' re sotto il consolato di Lucio Lucrezio Tricipitino e di Spurio Veturio Crasso; ma siccome in quell' anno il popolo era occupato dalla guerra esterna, così la cosa non ebbe effetto (Vedi Livio, lib. III, IX, e seg.).

Più vivamente quindi nell' anno susseguente A. Virginio tribuno della plebe persistette nel proporre che i consoli, i quali con altri regii attributi avevano anche il potere giudiziario, non potessero più giudicare a loro arbitrio. A tal fine fece una legge, per cui il popolo radunato in comizii eleggere dovesse dieci personaggi (*decemviri*) incaricati di promulgare intorno tutte le cose sì pubbliche che private le opportune leggi, le quali, pubblicamente esposte nel foro, servissero di norma tanto al magistrato, quanto al semplice cittadino.

Ma i patrizii che soli allora aspirare potevano al consolato, fortemente si opposero a tale proposizione de' tribuni, che cotanto feriva la loro autorità, e quindi cercarono sempre di deluderla scaltramente. Se non che, dietro il parere di Tullio Rumilio, nacque finalmente un senato-consulto che venne anche confermato da un plebiscito, con cui Spurio Postumio, A. Manlio e Publio Sulpicio mandati furono in Atene a fine di prendere cognizione delle famose leggi di Solone, ed anche delle instituzioni, costumanze e leggi delle altre città della Grecia, ed indi formare le leggi convenienti ai Romani.

Allorchè furono di ritorno a Roma que' legati, i tribuni con maggiore veemenza domandarono che si cominciassero a scrivere le nuove leggi. Finalmente nell'anno 302 dalla fondazione di Roma vennero a tale oggetto creati i decemviri. Furono questi investiti del potere supremo ed inappellabile. La loro magistratura doveva durare un anno soltanto, durante il qual tempo cessare doveva nella repubblica ogni altro magistrato. Si unirono quindi in decemvirato i tre legati mentovati sopra; ed a questi si aggiunsero Appio Claudio e Tito Genunzio, i quali, essendo stati eletti consoli per

quell' anno, rinunziato avevano al consolato; Publio Sestio, console nell' anno antecedente; Tizio Romilio, che era stato l'autore della proposizione di mandare in Grecia i legati; e per compiere il numero di dieci furono ascritti al decemvirato Caio Giulio, Tito Vetturio e Publio Orazio, senatori.

Avendo già questi raccolto un corpo di leggi tratte dalla Grecia e dalle patrie instituzioni, lo esposero nel foro scritto in dieci tavole di legno, dando ad ognuno facoltà di rilevarne i difetti e proporne l'emende. Dopo un diligentissimo esame vennero da tutti approvate le proposte leggi; indi fatto nascere un senatoconsulto, presi gli auspicii e chiamati i pontefici e gli auguri, furono portate a notizia di tutto il popolo ne' comizii centurati; s'incisero in colonne di bronzo e si esposero nel luogo più cospicuo del foro. Ma siccome, a cagione della brevità del tempo impiegato a farle (Dion. d'Alicarnas., lib. X, cap. 15) non contenevano quanto abbisognava, così per supplire alle mancanze furono nell'anno seguente ristabiliti i decemviri, i quali tutti vennero di bel nuovo creati, ad eccezione di Appio Claudio decemviro antecedente. Questi alle dieci prime tavole aggiunsero due altre; e così fu compiuto quel corpo di dritto che porta il nome di dodici tavole e che dai decemviri che lo composero, prese anche la denominazione di *gius decemvirale*. — Vedi *dritto romano*.

LEGGI ECCLESIASTICHE Son quelle emanate dai legittimi superiori della Chiesa, ovvero i canoni, col qual nome loro proprio e consacrato dall'uso della Chiesa si distinguono dalle leggi civili. Questi canoni o sono *universali* come i canoni de'concili generali e le lettere decretali de'sommi pontefici; o sono *particolari*, come le costituzioni de'concilii particolari e de'vescovi. Se questi canoni particolari vengono ricevuti dall' uso di tutta la Chiesa, essi passano ad essere universali — Vedi *canoni, concilii, costituzioni ecclesiastiche, dritto canonico*, ec.

Acciocchè le leggi ecclesiastiche abbiano forza di obbligare richiedesi, come per tutte le altre leggi, che vengano promulgate, cioè si rendono sufficientemente note a tutti quelli che ne hanno interesse. Per la qual cosa i padri de'concilii generali, come quei di Nicea o di Efeso ed altri, ebbero in uso di comunicare ai vescovi assenti i canoni de'concilii medesimi con lettere sinodali, sia immediatamente, sia per mezzo dei metropoliti.—*Veggasi* Van-Espen, *De promulgazione*.

LEGGI FEUDALI. — Vedi *feudo*.

LEGGI FONDAMENTALI. Le leggi fondamentali dello Stato, prese in tutta la loro estensione, sono quelle colle quali il corpo intiero della nazione determina quale debba essere la forma del governo, e come il sovrano succederà alla corona. Queste leggi

chiamansi fondamentali, perchè sono come la base e il fondamento dello Stato, su cui è innalzato l'edifizio del governo, e che ne formano tutta la forza e sicurezza.

LEGGI GIUDIZIARIE O GIUDIZIALI. Così chiamavansi presso i romani quelle concernenti i giudizii.

Da principio i senatori soli coi consoli ed i pretori giudicavano fino a tanto che C. Sempronio Gracco fece una legge chiamata dal suo nome *Sempronia*, la quale ordinò che ai trecento senatori si aggiungessero seicento cavalieri. Dopo la morte di Gracco, Servilio Scipione cercò di ristabilire il senato nella sua autorità. Servilio Glaucia fece poscia una legge, chiamata dal suo nome *Glaucia*, che restituì ai cavalieri la facoltà di giudicare. Plozio Sillano ne fece un' altra chiamata *Plotia*; la quale ordinò che ogni tribù avesse a scegliere nel suo corpo cinquanta persone, le quali dovessero essere giudici durante l'anno. Ma L. Cornelio Silla fece la legge *Cornelia* che restituì tutta l'autorità de'giudizii al senato e ne escluse i cavalieri. Il pretore M. Aurelio Cotta fece la legge *Aurelia* che commise il dritto di giudicare ai tre ordini, vale a dire ai senatori, ai cavelieri ed ai tribuni chiamati *Aerarii*. La legge *Pompeia* fatta da M. Pompeo circa sedici anni dopo, lasciò bensì ai tre ordini la facoltà di giudicare, ma regolò differentemente l'ordine delle procedure; venne in fine la legge *Julia* fatta da Cesare essendo dittatore, colla quale egli staccò dai giudizii i tribuni, e fece molti altri regolamenti, tanto sull'età e qualità dei giudici pubblici e privati, e sopra queste varie leggi.

LEGGI MARITTIME. — Vedi *Mare*.

LEGGI MUNICIPALI. Così chiamansi quelle leggi che sono proprie di una città o di una provincia; questo nome viene dal latino *municipium*, il quale presso i Romani significava una città che governavasi colle sue proprie leggi e che aveva i suoi magistrati particolari.

Le leggi municipali sono opposte alle leggi generali, le quali sono comuni a tutte le provincie che compongono uno stato, come sarebbero le ordinanze, gli editti, le dichiarazioni che sono ordinariamente leggi generali; mentre gli statuti delle provincie, delle città e d' altri luoghi sono leggi municipali.

LEGGI PENALI. Sono le leggi fatte per prevenire e punire i delitti.

Queste leggi debbono essere in armonia ed aver una certa proporzione tra di loro, perciocchè importa più di evitare un gran delitto, che un minore; ciò che attacca la società più di quello che la offende meno. Sarebbe un gran difetto delle leggi penali di far subire la medesima pena, per esempio, ad un ladro sem-

plice ed a colui che ruba ed assassina; allora si assassinerebbe sempre, perchè i morti, dicono gli assassini, non parlano. In Inghilterra vi sono molti ladri e pochissimi assassini, perchè i ladri possono sperare di essere trasportati nelle colonie, non così gli assassini.

Inoltre la prima intenzione delle leggi penali è di prevenire i delitti, anzichè di punirli. Se pongansi in opra le sottigliezze di ingegno per trarre conseguenze aggravanti, le leggi penali diventano tanti flagelli dell' umanità. Se per avventura fosse permesso ai giudici, dice Bacone, di mostrare qualche debolezza, ciò sarebbe soltanto in favore della pietà. — Vedi *dritto penale*.

LEGGI POLITICHE. Così chiamansi quelle che stabiliscono il governo dello Stato, e quelle altresì che provvedono alla pubblica sicurezza. — Vedi *dritto pubblico*.

LEGGI ROMANE. Si diede questo nome ad un compendio del codice Teodosiano, fatto per ordine di Alarico, re de'Goti che occupavano la Spagna ed una gran parte dell' Aquitania; egli fece comporre questo compendio da Ariano suo cancelliere che lo pubblicò nella città di Aire in Guascogna: queste leggi non servivano pei Goti, ma pei Romani.

LEGGI SACRE. I Romani chiamavano *leges sacratae*, dice Grozio, le leggi, all' osservanza delle quali il popolo romano erasi egli stesso astretto colla religione del giuramento. Era mestieri, in vero che l' autorità del popolo intervenisse per fare una legge sacra; ma qualunque legge nello stabilimento della quale il popolo era intervenuto, non era per ciò solo sacra, qualora non dichiarasse espressamente che chiunque la violasse sarebbe immolato agli dai infernali, di modo ch' egli poteva essere impunemente ucciso da qualunque; perciocchè ciò è quanto intendevasi per *caput sacrum sancire* ossia *consecrare*. — Veggasi Paolo Manuzio nel suo trattato *De legibus*; Festo alle voci *Sacratae leges* e Perizonio *Animadversiones*.

Si diede altresì questo nome ad alcune *leggi*, le quali per pena delle contravvenzioni che si commettevano, ordinavano che il contravventore fosse consacrato a qualcuno degli dei. — Veggasi Cicerone *Pro Cornelio Baldo*.

Eravi pure le leggi sacre dei matrimonii, *leges sacratae nuptiarum*. Per matrimonii sacri dei Romani bisogna intendere, o i matrimonii che si praticavano mediante la confarreazione: ovvero bisogna intendere per matrimonii sacri quelli che facevansi *ex coemptione*, con una compera vicendevole, d'onde le mogli erano chiamate *materfamiliae*. Queste due sorte di matrimonio sono egualmente chiamate dagli antichi giureconsulti *iustae nuptiae*, per distinguerle da una terza specie di matrimonio, che chiamavasi *matrimonium ex usu*, concubinato.

Le leggi dei matrimonii sacri ordinavano che la moglie maritata in tal guisa entrasse nella comunione dei sagrificii e dei beni con suo marito, *sacrorum fortunarumque esset socia*, che fosse la padrona della famiglia, come il marito; che fosse erede dei suoi beni in proporzione eguale, come uno dei suoi figli, se ne aveva dal loro matrimonio; se non ne aveva, ch'essa ereditasse il tutto, *ex asse vere, si mortuus*. Questa comunione, questa società di sagrificii e di beni in cui la moglie entrava con suo marito, dee intendersi dei sagrificii privati di alcune famiglie, come del giorno della nascita, delle espiazioni e dei funerali, cui erano eziandio tenuti gli eredi ed i discendenti delle medesime famiglie. Donde viene che Plauto diceva essergli devoluta una grande eredità, senza l'obbligo di fare verun sagrificio di famiglia, *se haereditatem ademptum esse sine sacris, effertissimam*.

La moglie unita *iuxta sacratas leges*, o per esprimersi coi giureconsulti *iustis nuptiis*, diventava padrone della famiglia come il marito.

Si sa che dopo la conclusione del matrimonio la maritata si presentava alla soglia della casa, ed allora si domandava a lei chi fosse; essa rispondeva *ego sum Caia*, perchè Caia Cecilia moglie di Tarquinio Prisco era molto amorosa di suo marito ed occupavasi a filare; poscia venivale offerto il fuoco e l'acqua, per indicarle che doveva partecipare a tutto il patrimonio di suo marito. Plutarco nella terza questione romana ricorda che il marito diceva alla sua sposa, quando essa lo riceveva nella casa sua, *ego sum Caius*, ed essa replicavagli di bel nuovo *et ego Caia*.

LEGGI SALICHE E RIPUARIE — Vedi la nota all'articolo *leggi dei barbari*.

LEGGI SUNTUARIE. Sono quelle che avevano per oggetto di reprimere il lusso, sia della tavola, sia dei vestiti, delle mobiglie, ecc.

Presso i Romani il tribuno Orchio fu il primo che fece una legge suntuaria che chiamossi dal suo nome *Orchia*, nello stesso modo che le susseguenti presero il nome del lor autore. Essa regolava il numero de' banchetti, ma non ne limitava la spesa; proibiva soltanto di mangiare a porte aperte, affinchè non si facessero superfluità per ostentazione. Di questa legge si fa menzione in Aulo Gellio (cap. 24) ed in Macrobio (lib. II, cap. 28). Essa vietava pure a tutte le donne, senza distinguerne le condizioni, di portare abiti di stoffa di varii colori ed ornamenti d'oro ch'eccedessero il peso di una mezz'oncia. Vietava parimente di andare in carrozza qualora non fosse per assistere ad una pubblica cerimonia o per un viaggio di più miglia. Le matrone romane mormoravano di questa legge, e venti anni dopo l'affare fu messo in deliberazione nei comizii od assemblee generali. I tribuni domandarono che la libertà

fosse ristabilita; Catona fu di contrario parere e parlò altamente in favore della legge, ma il parere de'tribuni prevalse e la legge fu rivocata.

Il lusso si accrebbe moltissimo allorquando i romani furono di ritorno dalle loro spedizioni in Asia; la qual cosa indusse Giulio Cesare, pervenuto che fu all' impero, a promulgare un editto col quale vietò l' uso dei vestiti di porpora e con perle, ad eccezione delle persone di qualità distinta, cui permise di portarne nei giorni di cerimonia soltanto. Vietò pure di farsi portare in lettica, il qual costume era stato trasportato dall' Asia. Tiberio vietò agli uomini l' uso degli abiti di seta; e Nerone vietò ad ogni persona l' uso della porpora. Alessandro Severo divisò di regolare i vestiti secondo le condizioni; ma Ulpiano e Paolo, due dei suoi consiglieri, lo dissuasero facendogli osservare che queste distinzioni sarebbero molti malcontenti; che sarebbe un seme di gelosia e di divisione; che i vestiti uniformi sarebbero un segnale per riconoscersi e per conseguenza facilitava le sedizioni. L' imperatore si contentò dunque di stabilire alcune distinzioni tra gli abiti dei senatori e quelli dei cavalieri.

Il lusso crescendo sempre più a malgrado delle precauzioni che eransi prese per reprimerlo, gl' imperatori Valentiniano e Valente proibirono nel 367 a tutti i privati, uomini e donne, di far ricamare verun vestito, eccettuati soltanto i principi. Ma l' uso della porpora diventò tanto comune che gl' imperatori, per arrestare questo abuso, riservarono soltanto a sè stessi il dritto di mandare alla pesca del pesce che serviva a tingere la porpora: fecero fare questa operazione nel loro palazzo e presero cautele che non se ne vendesse di contrabbando.

L' uso delle stoffe d' oro fu intieramente interdetto agli uomini dagl' imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, ad eccezione di quelli che ne avessero ottenuta la permissione. Da ciò avvenne che ognuno prese l' abito militare ed i senatori stessi affettavano di portarlo in pubblico. Per la qual cosa gli stessi imperatori ordinarono a' senatori, cancellieri ed uscieri, allorquando andavano in qualche luogo per adempiere alle loro funzioni, di portare il vestito della loro condizione.

Le frequenti irruzioni che le varie nazioni fecero nell' impero verso la fine del quarto secolo ed al principiare dal primo, avendovi introdotto varie mode straniere, ciò provocò tre leggi differenti negli anni 397, 399 e 416, che vietarono di portare nelle città vicine a Roma ed a Costantinopoli e nelle provincie limitrofe certi vestiti sotto pena del bando e di confisca. Anche l' imperatore Teodosio nel 424, proibì a qualunque persona senza eccezione di portare abiti di seta e stoffe tinte di porpora. Lo stesso principe ed Onorio vietarono sotto pena di essere trattato come reo di lesa maestà di contraffare la tintura del colore di porpora. Finalmente l' ultima legge romana suntuaria ch' è dell' imperatore Leone, nel

470, vietò ad ogni persona di arricchire di perle, di smeraldi e di giacinti le selle, il freno delle briglie dei loro cavalli. La stessa legge vietò ad ogni persona, fuorchè a quelle ch' erano impiegate dal principe nel suo palazzo, di fare alcun' opera d'oro o di pietre preziose, ad eccezione degli ornamenti permessi alle matrone e degli anelli che gli uomini e le donne avevano dritto di portare. I contravventori a questa parte della legge erano condannati ad una multa di cento libbre d' oro e puniti coll' ultimo supplicio.

LEGGI (SPIRITO DELLE). La maggior parte de' giureconsulti e dei politici hanno letto o almeno hanno sentito le critiche del famoso libro di Montesquieu che porta questo titolo. Moltissimi autori lo hanno citato, molti uomini di stato lo citano anche al dì d'oggi ne' pubblici arringhi come un testo ammirabile di assai sublimi sentenze; ma pochi hanno dato una giusta idea del complesso di quest' opera. Noi crediamo dunque che potesse trovare un posto in questo Lessico, un' analisi per quanto si può succinta del piano e dell' oggetto che questo illustre autore si è prefisso nel comporlo, senza però farci mallevadori, nell' esposizione che siamo per farne, delle idee talvolta esagerate e talvolta paradossali e troppo ardite, di cui è stato, non senza ragione accusato.

L' autore distingue tre sorta di governi: il repubblicano, il monarchico e il despotico. Nel repubblicano il popolo in corpo ha la suprema podestà; nel monarchico un solo governa con leggi fondamentali; nel despotico non si conosce altra legge che la volontà del padrone. Non si dirà già che non vi siano nel mondo se non queste tre specie di stati; non si dirà tampoco esservi stati i quali appartengono unicamente e rigorosamente a qualcuna di queste tre forme; mentre la maggior parte di essi sono, per così dire, amalgamati insieme e ne formano varie gradazioni. Da una parte vediamo la monarchia propendere al despotismo, dall' altra il governo monarchico combinato col repubblicano; altrove non è il popolo tutto, ma una parte soltanto del popolo che fa le leggi; ma tuttavia la divisione precedente non è nè meno esatta, nè meno giusta. Le tre forme di governo che la divisione stessa abbraccia, sono talmente distinte che non hanno propriamente nulla di comune; ed anzi tutti gli stati che conosciamo partecipano dell'uno e dell' altro. Era dunque necessario di formare di queste tre specie alcune classi particolari e di determinare le leggi che loro sono proprie. Si potrà in seguito agevolmente modificar queste leggi applicandole ad un governo qualunque, secondo ch' esso più o meno appartiene a queste differenti forme.

Nei diversi stati, le leggi debbono essere relative alla loro *natura*, vale a dire ciò che li costituisce; ed al loro *principio*, vale a dire a ciò che li sostiene e li fa agire: distinzione importante, che è la chiave di una infinità di leggi, e da cui l' autore trae molte conseguenze.

Le principali leggi relative alla *natura* della democrazia sono che il popolo vi sia, in alcuni riguardi, il monarca, in alcuni altri il suddito; che egli elegga e giudichi i suoi magistrati, e che i magistrati in certe occasioni, decidano. La natura della monarchia esige che fra il monarca ed il popolo vi siano molti poteri come emanazioni del monarca medesimo ed alcune classi intermedie, ed un corpo depositario delle leggi mediatorie tra i sudditi ed il principe. La natura del despotismo esige che il supremo padrone eserciti la sua autorità, o da sè solo, o col ministero di un solo che lo rappresenti.

Quanto al *principio* dei tre governi, quello della democrazia, è la *virtù*, vale a dire l'amore dell'eguaglianza; nelle monarchie, ove un solo è il dispensatore della decorazioni, delle ricompense, ed ove si suole confondere lo stato con quella persona sola che comanda a tutti, il principio è l'*onore*, vale a dire, l'ambizione e l'amore della stima; sotto il despotismo in fine, il principio è il *timore* (1). Quanto più questi principii sono in vigore tanto più il governo è stabile; quanto più si alterano e si corrompono, tanto più propende alla sua distruzione. Per altro allorchè l'autore parla dell'eguaglianza nelle monarchie, non intende già una eguaglianza estrema, assoluta, e per conseguenza chimerica, ma quell'equilibrio che rende tutti i cittadini egualmente sommessi alle leggi ed egualmente interessati ad osservarle.

Le leggi che dà il legislatore devono essere conformi al principio di ciascun governo: nella repubblica, mantenere l'eguaglianza e la frugalità; nella monarchia, sostenere la nobiltà; sotto il governo despotico, tener egualmente tutte le classi di persone nel silenzio. Riguardo ai primi due governi, vi sono vantaggi relativi da una parte e dall'altra. Il repubblicano è più proprio ai piccoli stati; il monarchico ai grandi; il repubblicano è soggetto a molti eccessi, talvolta agli abusi, ed è ancora più lento nella determinazione e nell'esecuzione delle leggi: il monarchico ha maggiore celerità.

La differenza dei principii dei tre governi dee produrne nel numero e nell'oggetto delle leggi, nella forza dei giudizii e nella natura delle pene. La costituzione delle monarchie essendo invariabile e fondamentale, esige maggior numero di leggi civili e di tribunali, affinchè la giustizia sia resa in un modo più uniforme, e meno arbitrario. Negli stati moderati, siano monarchie, siano repubbliche, le leggi criminali debbono assoggettarsi a molte formalità. Le pene debbono non solamente stare in proporzione col delitto, ma essere altresì le più dolci che sia possibile, e sopratutto nella democrazia ove l'opinione annessa alle pene fa sovente

(1) Filangieri (*Scienza della legislazione*, lib. I. cap. 12) confutò vittoriosamente questo sistema.

maggiore impressione che la loro gravità. Nelle repubbliche bisogna giudicare a tutto rigore di legge, perchè niuno vi ha la facoltà di alterarla. Nelle monarchie la clemenza del sovrano può qualche volta addolcirla ; ma i delitti non debbono mai essere giudicati se non dai magistrati appositamente incaricati di farne cognizione. In fine, specialmente nelle democrazie, le leggi debbono esser severe contra il lusso, il rilassamento dei costumi, e la seduzione delle donne. La debolezza stessa del sesso rende atte le donne a governare nelle monarchie; e la storia prova che sovente hanno esse portata gloriosamente la corona.

Montesquieu, dopo di aver percorso sotto questo aspetto ciaschedun governo in particolare, li esamina nei rapporti che possono avere gli uni cogli altri, ma solamente nel punto di vista più generale, vale a dire, sotto quello ch' è unicamente relativo alla loro natura e al loro principio. Ravvisati in questa maniera gli stati, non possono avere altri rapporti che quelli di difendersi o di assalire. Le repubbliche dovendo per loro natura, contenere un piccolo stato, non possono difendersi senza alleanza ; ma devono esse allearsi con altre repubbliche. La forza difensiva di una monarchia consiste principalmente nell' aver frontiere atte a trattenere le invasioni e gl' insulti. Gli stati hanno come gli uomini il dritto di attaccare per la loro conservazione : dal dritto della guerra deriva quello della conquista : dritto necessario, legittimo a malaugurato *che lascia sempre un debito immenso da pagarsi verso la natura umana*, e la cui legge generale è di fare ai vinti il minor male possibile. Le repubbliche possono meno conquistare che le monarchie: le conquiste immense suppongono il despotismo, o l' assicurano. Uno dei grandi principii dello spirito di conquista deve essere quello di rendere migliore, per quanto è possibile, la condizione de' popoli conquistati; così si satisfà nel tempo stesso alla legge naturale ed alla massima di stato. Nulla vi ha di più bello che il trattato di pace di Gerone re di Siracusa coi Cartaginesi, col quale volle che abolissero il costume d' immolare i loro proprii figli (*veggasi* la *raccolta di Barbeyrach*, art. 112). *Cosa ammirabile*! (esclama Montesquieu). *Dopo di aver posto in rotta trecentomila cartaginesi, Gerone impose una condizione, la quale non era utile che a loro stessi, o piuttosto egli stipulò pel genere umano.* Gli Spagnuoli, conquistando il Perù, avrebbero dovuto del pari obbligare gli abitanti a non immolare uomini ai loro dei, ma credettero essere cosa più vantaggiosa d' immolare quegli stessi popoli. Non ebbero più per conquista che un vasto deserto ; furono costretti di spopolare il loro paese ; e così indebolironsi per sempre in forza della loro propria vittoria. Si può talvolta essere nella necessità di cangiare le leggi del popolo vinto; ma nulla può mai obbligare a togliergli alcune sue proprie costumanze che poco o nulla ostano ai progressi dell'incivilimento. Il mezzo più sicuro di conservare la conquista è quello di porre, s'è

possibile, il popolo vinto al livello del popolo conquistatore, accordandogli i medesimi dritti, i medesimi privilegi; così hanno fatto sovente i Romani, così ha fatto Cesare riguardo ai Galli.

Fin qui, considerando ciascun governo, tanto in sè stesso, quanto nei suoi rapporti cogli altri governi, non abbiamo avuto riguardo nè a ciò che dev'esser loro comune, nè alle circostanze particolari, dedotte o dall'indole del paese, o dal genio dei popoli: questo è ciò che bisogna ora sviluppare.

La legge comune di tutti i governi, almeno dei governi moderati e per conseguenza giusti, è la libertà politica di cui ogni cittadino dee godere. Questa libertà non è già la licenza assurda di fare tutto ciò che si vuole, ma la facoltà di fare tutto ciò che le leggi permettono. Essa può ravvisarsi, o nel rapporto colla costituzione, o nel suo rapporto col cittadino.

Sonovi nella costituzione di ogni Stato, dice Montesquieu, due poteri, il potere legislativo e l'esecutivo; e questo secondo ha due oggetti, l'interno dello Stato e l'esterno. Dalla distribuzione legittima e dalla conveniente ripartizione di queste differenti specie di poteri dipende la maggior perfezione della libertà politica, riguardo alla costituzione. L'autore ne arreca per prova la costituzione della repubblica romana e quella dell'Inghilterra. Egli trova il principio di quest'ultima nella legge fondamentale del governo degli antichi germani, per cui gli affari di poca importanza erano decisi dai capi, ed i grandi affari erano portati al tribunale della nazione, dopo però di essere stati agitati dai capi. Montesquieu non esamina già se gl'Inglesi godono di quella estrema libertà politica che la costituzione loro concede: gli basta che dessa sia stabilita dalle loro leggi; egli è ancora più lontano dal voler fare la satira degli altri Stati; e crede al contrario che l'eccesso, anche dal bene, non sia sempre da desiderarsi; che la libertà estrema abbia i suoi inconvenienti, come l'estrema servitù; e che in generale la natura umana si adatta meglio ad uno stato di mezzo.

La libertà politica, considerata relativamente al cittadino, consiste nella sicurezza, in cui egli è, sotto l'egida delle leggi; od almeno consiste nell'opinione di godere di questa sicurezza, la quale fa sì che un cittadino non ha timore di un altro. Questa libertà si stabilisce, o si distrugge principalmente dalla natura e dalla proporzione delle pene. I delitti contro la religione, dice Montesquieu, debbono essere puniti colla privazione dei beni che la religione procura; i delitti contro i costumi colla vergogna; i delitti contra la tranquillità pubblica colla prigione, o coll'esilio; i delitti contra la sicurezza coi supplizi. Gli scritti debbono essere meno puniti che le azioni; i semplici pensieri non debbono esser punibili giammai. Accuse non giuridiche debbono essere proscritte in un buon governo. Non è permesso di accusare se non al cospetto della legge, la quale punisce sempre o l'accusato o il calunniatore. In ogni altro caso, quelli che governano devono dire col-

l'imperatore Costanzo : *Noi crediamo innocente colui al quale mancò un accusatore, mentre non gli mancava un inimico* (1).

Passiamo, con Montesquieu, alle circostanze particolari indipendenti dalla natura del governo e che devono modificarne le leggi. Le circostanze che vengono dalla natura del paese sono di due sorta; le une hanno rapporto al clima, le altre al terreno. Niuno dubita che il terreno non influisca sopra la disposizione attuale dei corpi, e per conseguenza sopra i caratteri; laonde le leggi debbono conformarsi al fisico del clima nelle cose indifferenti, ed al contrario combatterlo negli effetti viziosi. Perciò ne' paesi, ove l'uso del vino è nocivo, è buonissima le legge che lo vieta; nei paesi ove il calore del clima fa inclinare all'accidia, è una buonissima legge quella che incoraggisce al lavoro. Il governo può dunque correggere gli effetti del clima; e ciò basta per salvare lo *spirito delle leggi* dal rimprovero ingiustissimo che gli è stato fatto, di attribuire tutto al freddo ed al caldo; perciocchè oltre che il caldo ed il freddo non sono le sole cose per cui i climi sono distinti, sarebbe tanto un assurdo il negare certi effetti del clima, quanto il volergli tutto attribuire.

L'uso degli schiavi stabilito nei paesi caldi dell'Asia e dell'America, e riprovato nei climi temperati dell'Europa offre argomento all'autore di trattare della schiavitò civile. Gli uomini non avendo maggior dritto sopra la libertà che sopra la vita gli uni degli altri, ne segue che la schiavitù, generalmente parlando, è contra la legge naturale. E in vero, il dritto di schiavitù non può derivare nè dalla guerra, poichè non potrebbe allora essere fondato che sopra il riscatto della vita, e non vi è più dritto sopra la vita di coloro che non offendono più; nè tampoco deriva dalla vendita che un uomo fa di sè stesso ad un altro, poichè ogni cittadino essendo debitore della sua vita allo stato, gli è maggior ragione debitore della sua libertà e per conseguenza non è più padrone di venderla. D'altro canto quale sarebbe il prezzo di questa vendita? Non può essere certamente il danaro dato al venditore, poichè al momento che l'uomo si fa schiavo, tutto ciò ch'egli possiede appartiene al padrone; ora una vendita senza prezzo è altrettanto chimerica, che un contratto oneroso senza correspettività. Forse non vi fu mai se non una legge giusta in favore della schiavitù: ed era la legge romana che rendeva il debitore schiavo del creditore; ma anche questa legge, per esser equa, doveva limitare la servitù quanto al grado e quanto al tempo. La schiavitò può al più essere tollerata negli stati despotici, in cui gli uomini liberi, troppo deboli contra siffatto governo,

(1) Nemo prorsus de famosis libellis, qui neque apud me, neque in iudiciis ullum obtineat locum, calumniam patiatur, nam et innocens creditur, cui defuerit accusator, cum non defuerit inimicus (l. 6, cod. Theodos. De famosis libellis).

procurano di diventare, per la loro propria utilità, gli schiavi di quelli che tiranneggiano lo stato ; ovvero in certi climi , ove il caldo snerva cotanto il corpo ed affievolisce il coraggio, che gli uomini non si determinano ad essere attivi che per la tema del castigo.

A lato della schiavitù civile si può porre la servitù domestica, vale a dire , quella in cui si trovano le donne in alcuni climi. Essa può aver luogo in quelle regioni dell'Asia , ovo le donne sono in istato di coabitare cogli uomini prima di poter far uso della ragione , e sono nubili per la legge del clima , e infanti per la legge della natura. Questa soggezione diventa ancor più necessaria nei paesi nei quali la poligamia è stabilita, usanza che Montesquieu non pretende già di giustificare in quanto è dessa contraria alla religione. Egli parla in questa occasione del ripudio o del divorzio, e stabilisce, con buone ragioni, che il ripudio, quando fosse ammesso , dovrebbe essere permesso così alle donne come agli uomini.

Se il clima ha tanta influenza sopra la servitù domestica e civile, non ne ha meno sopra la servitù politica, vale a dire, sopra quella che sottomette un popolo ad un altro. I popoli settentrionali sono più forti e più coraggiosi che i popoli del mezzodì ; questi debbono dunque, in generale , essere soggiogati , e quelli conquistatori; questi soggetti a quelli, e quelli dominatori. Ciò è confermato dalla storia : l'Asia è stata undici volte conquistata dai popoli del settentrione.

Parlando delle leggi relative alla natura del terreno, egli è chiaro che la democrazia conviene meglio ai paesi sterili , ove la terra ha bisogno di tutta l'industria degli uomini; e la monarchia conviene più ai paesi fertili , ove la terra non occupa tutte le braccia, ove sono manifatture, ricchezze, lusso e grande ineguaglianza di fortune.

In fine si dee aver riguardo all'indole particolare della nazione. Il legislatore dee rispettare, almeno fino a un certo segno, i pregiudizi e le passioni, talvolta anche gli abusi. Egli dee imitar Solone , il quale diede agli Ateniesi non le migliori leggi in sè stesse, ma le migliori che eglino potessero avere: il carattere lieto di quei popoli esigeva leggi più facili; il carattere rigido dei Lacedemoni esigeva leggi più severe. Le leggi non sono sempre un buon mezzo per cangiar le maniere e le usanze ; bisogna procurare di farlo colle ricompense e coll'esempio. È vero per altro in pari tempo, che le leggi di un popolo quando non urtano direttamente i costumi, influiscono insensibilmente sopra i medesimi, sia per rassodarli , sia per cangiarli.

Dopo di aver così esaminato lo spirito delle leggi relativamente alle varie specie dei paesi e dei popoli , l'autore ritorna di bel nuovo a considerare gli Stati gli uni riguardo agli altri. Nel primo esame generale non gli era stato possibile di ravvisarli se non che sotto l'aspetto del male che possono reciprocamente farsi; qui egli

li considera sotto l'aspetto dei soccorsi vicendevoli che possono prestarsi: ora questi soccorsi sono principalmente fondati sopra il commercio. Se lo spirito di commercio produce naturalmente uno spirito d'interesse opposto alla sublimità delle virtù morali, rende altresì un popolo naturalmente giusto, e ne allontana l'ozio e l'estorsioni. Le nazioni libere che vivono sotto governi moderati debbono esercitare il commercio più che le nazioni schiave. Giammai una nazione non dee senza buone ragioni, escludere dal suo commercio un'altra nazione. Per altro la libertà in questo genere non è una facoltà assoluta accordata ai negozianti di fare ciò che vogliono, facoltà che sarebbe loro sovente nociva; essa consiste a non vincolare i negozianti se non in favore del commercio stesso. Montesquieu parlando delle leggi che il commercio esige, tesse la storia delle sue varie rivoluzioni; e questa parte del suo libro non è nè la meno interessante, nè la meno curiosa. Egli paragona l'impoverimento della Spagna, per la scoperta dell' America, alla sorte di quel principe imbecille della favola ch'è sul punto di morir dalla fame per aver chiesto agli dei che tutto ciò ch'egli toccasse si convertisse in oro. L'oro della moneta, essendo un oggetto considerevole del commercio ed il suo strumento principale, l'autore ha creduto dovere, in conseguenza, trattare delle operazioni riguardanti la moneta, del cambio, del pagamento dei debiti pubblici, del prestito ad interesse, di cui egli determina le leggi ed i limiti, e ch'egli non confonde minimamente cogli eccessi, così giustamente condannati, dell'usura.

La popolazione ed il numero degli abitanti hanno col commercio una relazione immediata; ed i matrimoni avendo per oggetto la popolazione. Montesquieu tratta profondamente questa importante materia. Ciò che più favorisce la popolazione è la continenza pubblica: l'esperienza prova che le congiunzioni, la vaga venere, vi contribuiscono poco, ed anzi vi portano nocumento. La legge che vieta il matrimonio dei genitori colla loro prole è (anche prescindendo dai precetti della religione) una buonissima legge civile; perciocchè, senza parlare di molte altre ragioni, i contraenti avendo un'età diversa, questa sorte di matrimoni possono assai di rado avere per oggetto la propagazione; ed ecco il perchè l'uso conforme a questa legge ha avuto luogo presso molti popoli senza che le splendide verità del cristianesimo gli avesse illuminati. Siccome la natura invita da sè stessa al matrimonio, così i governi non hanno bisogno di promuoverlo. Tuttavia si può con buon esito far leggi per promuovere i matrimoni quando la corruzione dei costumi allontana i cittadini da siffatto vincolo, per darsi in preda a tutti gli eccessi del libertinaggio, e qui Montesquieu cita le belle leggi che Augusto fece a questo fine, che Costantino in seguito abolì.

Lo stabilimento degli spedali, secondo Montesquieu, può nuocere alla popolazione e favorirla. Vi possono, dic'egli, anzi debbono

essere spedali in uno Stato, ove la maggior parte de'cittadini non traggono i mezzi di sussistenza che dalla loro industria; perchè questa industria può qualche volta essere infelice; ma i soccorsi di questi spedali non debbono essere, secondo lui, che passeggeri per non fomentare la mendicità e la scioperatezza. Bisogna dapprima rendere facile agli uomini l'impiego della loro industria, e far sì che non manchino di lavoro, ed ergere poscia questi pubblici stabilimenti per bisogni urgenti ed impreveduti.

Montesquieu, dopo di aver parlato delle leggi umane, passa a quelle della religione che quasi in tutti gli Stati formano un oggetto cotanto essenziale del governo. Egli fa sempre l'elogio del cristianesimo, ne dimostra i vantaggi, la grandezza e la sublimità, e cerca ovunque di farlo amare; ma non lo seguiremo in sì delicata materia, a cagione delle idee troppo ardite che lo hanno, non senza ragione, fatto sospettare deista.

In fine, dopo di aver trattato in particolare delle varie specie di leggi che gli uomini possono avere, non rimane più che a paragonarle tra di loro, ed esaminarle nel loro rapporto colle cose sopra le quali statuiscono; ed ecco la partizione che l'autore ne fa. Gli uomini sono governati da varie specie di leggi; dal dritto naturale, comune ad ogni individuo, dal dritto divino, ch'è quello della religione; dal dritto ecclesiastico che è quello della Chiesa; dal dritto civile, che è quello dei membri di una medesima società; dal dritto politico, che è quello del governo di questa società; dal dritto delle genti che è quello della società, le une in relazione alle altre. Questi dritti hanno ciascuno i loro oggetti distinti, che bisogna ben guardarsi dal confondere. Non si dee mai regolare, dice egli, con un dritto ciò che appartiene all' altro per non introdurre il disordine e l'ingiustizia ne'principii che governano gli uomini. Bisogna eziandio che quei principii che prescrivono il genere delle leggi, e che ne circoscrivono l'oggetto, regnino pure nella maniera di comporle. Uno spirito di moderazione dee per quanto è possibile, dettarne tutte le disposizioni. Le leggi ben fatte saranno conformi allo spiritto del legislatore, anche sembrando opporvisi. Tale è la famosa legge di Solone, per la quale tutti coloro che non prendevano parte nelle sedizioni erano dichiarati infami. Essa preveniva le sedizioni, perciocchè costringendo tutti i membri della repubblica ad occuparsi dei loro veri interessi, un partito non poteva così falcilmente opprimere l'altro, e quindi le cose restar dovevano nello stato primiero. Anche l'ostracismo, secondo l'autore era una buona legge; perciocchè da un lato essa era onorevole al cittadino che ne veniva colpito, e dall' altro preveniva gli effetti dell'ambizione; ei voleva poi un numero assai grande di voti, e non si poteva bandire che ogni lustro. Sovente le leggi che sembrano essere le stesse non hanno nè il medesimo motivo, nè il medesimo effetto, nè la medesima equità; la forma del governo, le circostanze e l'indole del popolo cangiano tutto. Finalmente lo stile delle leggi

deve essere semplice e grave. Si può fare a meno di motivarle, perchè il motivo è supposto esistere nello spirito del legislatore; ma quando esse, lo danno, questo deve essere fondato sopra principii evidenti.

Montesquieu, per dimostrare, con esempii, l'applicazione de'suoi principii, ha scelto due popoli, cioè il romano ed il francese. Non discorre che di quella parte della giurisprudenza del primo che riguarda le successioni. Rispetto ai Francesi, egli entra in grandi particolarità intorno all'origine ed alle rivoluzioni delle loro leggi civili, ed intorno a molte costumanze che ne sono state le conseguenze. Egli si estende principalmente sopra le leggi feudali, specie di governo, come dice, ignoto a tutta l'antichità, e che lo sarà forse per sempre ai secoli futuri, e che ha fatto tanti beni e tanti mali. — Vedi l'art. *feudo*.

Tale è l'analisi generale, ma molto informe ed imperfetta dello *Spirito delle leggi* di Montesquieu. È stato rimproverato all'autore di quest'opera di aver tutto ridotto ad un sistema, in una materia in cui era mestieri ragionare senza abbandonarsi alla immaginazione; di aver attribuita troppa influenza al clima, alle cause fisiche senza calcolare abbastanza le cause morali; di aver fatto un tutto irregolare, una catena interrotta con belle parti staccate; e di aver assai spesso conchiuso dal particolare al generale. A malgrado però di tutti questi difetti, leggendo l'opera stessa colla dovuta precauzione, si troveranno molti pensieri e molte verità sublimi, e che l'autore ha forse meglio di molti altri riflettuto sopra la natura, i principii, i costumi, il clima, la potenza ed il carattere particolare degli Stati, sopra le leggi buone e cattive; sopra gli effetti dei castighi e delle ricompense, dell'educazione degli uomini e del commercio delle nazioni.

LEGISLATORE. Il legislatore è colui che ha la facoltà di dar leggi.

Gli uomini riducendosi in società, cercano di ottenere una condizione più felice che lo stato di natura, il quale aveva due vantaggi, l'eguaglianza e la libertà, e due inconvenienti, il timore e la violenza e la privazione dei soccorsi, sia nei bisogni urgenti, sia nei pericoli. Gli uomini, per porsi al sicuro da questi inconvenienti, hanno dunque acconsentito di perder qualche cosa della loro eguaglianza e libertà; ed il legislatore ha raggiunto il suo scopo, allorquando, togliendo agli uomini la minor parte possibile di eguaglianza e di libertà, procura loro il più possibile ch'è di sicurezza e di felicità.

Il legislatore dee dare, conservare o cangiare le leggi costitutive o civili. Le leggi costitutive sono quelle che determinano la specie di governo. Il legislatore, dando queste leggi, avrà riguardo all'estensione del paese che la nazione occupa, alla natura del suo suolo, alla potenza delle nazioni vicine, alla loro indole, ed a quella

della sua nazione. Egli vedrà che in un paese fertile, ed ove la coltivazione delle terre occupa la maggior parte degli abitanti, debbono essi essere gelosi della loro libertà, perchè non hanno bisogno che di tranquillità e perchè non hanno nè voglia nè il tempo d'occuparsi nei particolari dell'amministrazione. D'altronde, come dice Montesquieu, quando la libertà non è il solo bene, l'uomo è meno sollecito a difenderla; per la stessa ragione, i popoli che abitano rocce o montagne poco fertili sono meno disposti al governo di un solo; la loro libertà è il solo bene che hanno; ed inoltre se vogliono coll' industria e col commercio riparare a ciò che la natura ai medesimi ricusa, hanno bisogno di una estrema libertà.

Un piccolo Stato può essere più facilmente popolare; ma agli Stati di una certa estensione il legislatore darà il governo di un solo; le loro varie parti durano molta fatica a riunirsi insieme per formare rivoluzioni: la prontezza delle risoluzioni e dell'esecuzione, ch' è il grande vantaggio del governo monarchico, fa passare, all' uopo ed in un momento, da una provincia all'altra gli ordini, le punizioni, i soccorsi. Le varie parti di un grande Stato sono unite sotto il governo di un solo; ed in una grande repubblica si formeranno necessariamente le fazioni che potrebbero lacerarla e distruggerla; d'altro canto i grandi Stati hanno molti vicini, svegliano gelosie, sono esposti a guerre frequenti; ed il governo monarchico è sotto questo aspetto più forte; nella guerra specialmente esso ha una superiorità in confronto del governo repubblicano; conserva il segreto, l'unione, ha maggiore celerità, non soffre opposizione o lentezza. Le vittorie dei Romani nulla provano contra questa proposizione; essi sottomisero il mondo o barbaro o diviso o molle; ed allorquando hanno avuto guerre che mettevano la repubblica in pericolo, si affrettavano di creare un dittatore, magistrato più assoluto dei re.

Il legislatore fa accordare le leggi civili colle leggi costituzionali: esse in molti casi non potrebbero essere le stesse in una monarchia ed in una repubblica, presso un popolo agricola ed un popolo commerciante; esse cangeranno secondo i tempi, i costumi ed il clima. Ma il clima ha forse tanta influenza sopra gli uomini quanto alcuni autori pretendono o ne ha tanto poca quanto che altri assicurano? Siffatta questione merita l' attenzione del legislatore.

Ovunque gli uomini sono suscettivi delle medesime passioni, ma possono riceverle per differenti cause ed in differenti guise; possono ricevere le prime impressioni con maggiore o minore sensibilità; e se i climi non pongono che poca differenza nel genere delle passioni, possono ammetterne molta nelle sensazioni.

I popoli settentrionali non ricevono, come i popoli del mezzogiorno, impressioni vive, gli effetti delle quali sono pronti e rapidi. La costituzione robusta, il calore concentrato dal freddo, la

poca sostanza degli alimenti fanno molto sentire ai popoli del settentrione il bisogno della fame. In alcuni paesi freddi ed umidi, gli spiriti animali sono torpidi e gli uomini hanno bisogno di moto violento per far loro sentire la propria esistenza. I popoli del mezzogiorno hanno bisogno di minor quantità di alimenti e la natura ne somministra loro in abbondanza; il calore del clima e la vivacità dell' immaginazione li snervano e rendono per essi assai penoso il lavoro. Bisogna lavorar molto ed avar molta industria per vestirsi ed alloggiare in modo da non soffrire il rigore del freddo, e per garantirsi dal caldo non si ha bisogno che di ombra o di riposo.

I popoli del settentrione debbono essere occupati a procurarsi il necessario, e quelli del mezzogiorno debbono sentire il bisogno di divertirsi. Il Samoiedo va alla caccia, taglia e trasporta legna per conservare il fuoco e le bevande calde; prepara delle pelli per vestirsi, mentre il selvaggio d' Africa va nudo, si disseta in una fonte, coglie le frutta e dorme o danza all'ombra.

La vivacità dei sensi e dell'immaginazione dei popoli del mezzogiorno rende loro più necessario che ai popoli settentrionali i piaceri fisici dell' amore, ma, dice Montesquieu, le donne presso i popoli meridionali perdendo la bellezza nell' età in cui comincia la ragione, quei popoli debbono far mano entrare il sentimento morale nall' amore che i popoli del settentrione, ove lo spirito o la ragione accompagnano la bellezza. I Caffri, i popoli della Guinea e del Brasile fanno lavorare le loro donne come bestie, ed i Germani le onorano come divinità.

La vivacità di ogni impressione, ed il poco bisogno di ritenere e di combinare le loro idee debbono essere cagione che i popoli meridionali abbiano poca forza di intelletto e molta incostanza; sono leggieri ed inconsiderati. Il Caraibo piange la sera dal dispiacere di aver venduto la mattina il suo letto per ubbriacarsi di acquavite.

Nel settentrione per provvedere ai bisogni ch' esigono maggior combinazioni d' idee, maggior perseveranza ed industria è d'uopo avere più metodo e forza di ragione; nel mezzogiorno si ha maggior entusiasmo subitaneo; più foga di passione, più timori panici e più speranze infondate.

Si osservano particolarmente queste influenze del clima presso i popoli ancora selvaggi, gli uni dei quali siano situati verso il circolo polare. Nei climi temperati e presso i popoli che hanno loro pochi gradi di distanza le influenze del clima sono meno sensibili.

Il legislatore di un popolo selvaggio deve avere molto riguardo al clima e moderarne gli effetti mediante la legislazione; tanto relativamente alle cose necessarie ad ai comodi, quanto relativamente ai costumi. Non vi è clima, dice Hume, in cui il legislatore non possa stabilire costumi fermi, puri e sublimi o deboli e barbari.

In un paese già da gran tempo incivilito, il legislatore senza perdere di vista il clima, avrà maggior riguardo ai pregiudizi, alle opinioni, ai costumi stabiliti, ed a seconda che questi costumi, queste opinioni, questi pregiudizi corrispondono o si oppongono alle sue mire, dee o rintuzzarli o invigorirli per mezzo delle leggi. Presso i popoli europei bisogna rintracciare le cause dei pregiudizi, degli usi, dei costumi e delle loro contrarietà, non solamente nel governo, sotto il quale essi vivono, ma eziandio nelle diversità dei governi, sotto i quali hanno vissuto.

Il legislatore colle sue leggi dee inspirare l'amore della patria, e da questo stesso amore sorgerà pure l'amore alle leggi medesime, di maniera che l'uomo diventerà, come dice Metastasio, compagno della legge e non seguace. Nella legislazione tutto si collega, ogni cosa dipende dall'altra; l'effetto di una buona legge si estende sopra mille oggetti anch'estranei alla stessa legge; un bene procura un bene, l'effetto reagisce sulle cause, l'ordine generale mantiene tutte le parti, e ciascuna influisce sopra l'altra e sopra l'ordine generale.

Egli può eziandio colle leggi che impongono ai cittadini di prestarsi servigi reciproci, formare nei medesimi un'abitudine dell'umanità; può colle leggi fare di questa virtù uno dei principali puntelli del suo governo. Qui parliamo di una possibilità, e lo diciamo possibile, perchè l'abbiamo veduto reale sotto l'altro emisfero. Le leggi del Perù tendevano ad unire i cittadini coi vincoli della umanità, e come nelle altre legislazioni le leggi vietano agli uomini di far male l'uno all'altro, nel Perù imponevano loro continuamente di farsi del bene. Quelle leggi collo stabilire (per quanto è possibile nello stato di società) la comunanza dei beni, indebolivano l'amore di proprietà. Nei giorni di festa i Peruvieni coltivavano i campi dello stato, il campo del vecchio, il campo dell'orfanello: ogni cittadino lavorava per la massa dei cittadini, depositava i frutti del lavoro degli altri. Quel popolo non aveva altri nemici che gli uomini capaci di far male; esso combatteva contro i popoli vicini per togliere loro gli usi barbari; gl'Incas volevano ridurre tutte le nazioni ai loro amabili costumi. Combattendo gli antropofagi, procurando di non distruggerli, e' sembra che volessero meno la missione che il ben essere dei vinti.

Finalmente il legislatore cercherà di diffondere nei cittadini il rispetto delle leggi ed a tal fine chiamerà in soccorso la religione, ch'è uno dei principali fondamenti del governo. Essa è quella che dà forza ed autorità. Tutti i padri delle nazioni hanno sentito il bisogno di ricorrere all'intervento del cielo, affinchè gli uomini si rendessero sommessi alle leggi dello Stato come a quelle della natura, e riconoscendo il medesimo potere nella formazione dell'uomo e nella formazione della società, obbedissero con libertà e portassero docilmente il giogo della pubblica felicità. — Vedi *legislazione*.

LEGISLAZIONE. È la scienza che insegna a dar buone leggi ai popoli.

Il fine per cui gli uomini sonosi uniti in società civile, è stato quello di conservarsi e di vivere tranquilli; ed è pur questo l'oggetto unico ed universale della legislazione. Se dunque la *conservazione* e la *tranquillità* è l'oggetto unico ed universale della legislazione, conviene dapprima esaminare ciò che si comprende sotto questo principio generale, e le conseguenze che ne derivano, per vedere quindi come ogni parte della legislazione dee corrispondere a questo fine comune.

La conservazione, come osserva benissimo l'illustre Filangieri, riguarda l'esistenza, e la tranquillità riguarda la sicurezza. Per esistere vi è bisogno dei mezzi; e per essere sicuro bisogna confidare.

I mezzi dell'esistenza si riducono a due classi; a quelli che riguardano i bisogni indispensabili della vita; a quelli che mettono il cittadino in istato di gustare una certa specie di felicità inseparabile da una certa quantità di agio e di comodo pubblico. Per agio e comodo pubblico qui non intendiamo le ricchezze esorbitanti di alcune classi di cittadini; molto meno lo stato di coloro che immerso nell'ozio, possono fomentare questo vizio distruttore della società. Le ricchezze esorbitanti di alcuni cittadini e l'ozio di alcuni altri suppongono l'infelicità e la miseria della maggior parte. Questa parzialità civile è contraria al bene pubblico. Uno Stato non si può dire ricco e felice che in un solo caso, allorchè ogni cittadino con un lavoro discreto di alcune ore può comodamente supplire ai suoi bisogni e a quelli della sua famiglia. Un lavoro assiduo, una vita conservata a stento non è mai una vita felice. Questa era la misera condizione dell'infelice Sisifo: niun istante era per lui, perchè li doveva tutti al lavoro.

Lo Stato bisogna dunque che sia ricco, e che le ricchezze vi siano bene distribuite: ecco quello che riguarda la conservazione. Ma questo non basta. Si è detto che l'uomo non vuole solo conservarsi tranquillamente. Ora per essere tranquillo bisogna ch'egli confidi: che confidi dunque nel governo, il quale non usurperà i suoi dritti: che confidi nel magistrato, che, destinato alla custodia delle leggi, non abuserà di questo sacro deposito per opprimerlo: che confidi negli altri cittadini; che sia sicuro che la sua pace non può essere turbata, che la sua vita protetta dalle leggi non gli può essere tolta che in un sol caso, allorchè i suoi delitti gli hanno fatto perdere il dritto di conservarla; che sia sicuro che una proprietà pervenutagli per giusto titolo, è una proprietà protetta da tutte le forze della nazione; che acquistando nuove proprietà senza violare i dritti degli altri, i suoi acquisti sono sacri; e che il lavoro stesso delle sue mani è difeso dalla pubblica forza.

Questi sono i risultamenti del principio universale della conservazione e della tranquillità. Ogni parte della legislazione dovrà

dunque essere destinata a recare alla società uno di questi benefici. Per conoscere pertanto questi effetti che le leggi devono produrre, cominciamo a distinguere in esse la bontà assoluta dalla bontà relativa. Nello sviluppamento di questo doppio carattere che dee avere ogni legge, si contengono tutte le regole generali della scienza della legislazione.

Bontà assoluta delle leggi.

Chiamiamo *bontà assoluta* delle leggi la loro armonia coi principi universali della morale, comuni e tutte le nazioni, e tutti i governi, ed adattabili in tutti i climi (Vedi *legge naturale*). Il dritto della natura contiene i principii immutabili di ciò ch'è giusto ed equo in tutti i casi. È facile il vedere quanto questa sorgente sia feconda per la legislazione. Niun uomo può ignorare le sue leggi. Esse non sono i risultamenti ambigui dei moralisti, nè delle sterili meditazioni dei filosofi. Questi sono i dettami di quel principio di ragione universale, di quel senso morale che l'autore della natura ha impresso in tutti gl'individui della nostra specie, come la misura vivente della giustizia e dell'onestà, che parla a tutti gli uomini il medesimo linguaggio; ch'è più antico, dice Cicerone, delle città, dei popoli, dei senati; che ha una voce più forte di quella degli dei, e ch'è inseparabile dalla natura degli esseri che pensano, sussiste e sussisterà sempre malgrado gli sforzi di tutte le passioni che lo combattono, malgrado i tiranni che volessero annegarlo nel sangue, e malgrado gl'impostori che avrebbero voluto annientarlo nella superstizione. Il Taita sente al pari di un grande filosofo che una fiera uccisa da un'altro non può essere sua; che i prodotti del suolo coltivato da un altro non gli possono appartenere senza il consenso del proprietario e che la sola difesa può dare ad un uomo il dritto sulla vita di un altro. Ecco il come la morale decide: ecco il dritto della natura: ecco la prima norme delle leggi.

Ma i legislatori hanno forse sempre consultata queste guida? Anche quelli che hanno fatto maggior pompe di moderazione non l'hanno essi qualche volte trascurata? Desta compassione la miseria dell'umanità allorchè veggiamo un Platone che pensa nella maniera stessa che penserebbe un ignorante tiranno. Se un servo, dic'egli, nel mentre che si difende, uccide un uomo libero che gli si era scagliato addosso per ucciderlo, sia punito come parricida (*De republ.*). La propria difesa diverrà dunque un delitto nella persona di un servo? E cosa è un servo se non un uomo che ha avuta la disgrazia di cadere fra le mani di un altro uomo per difendere la sue libertà, la sua patria, i suoi dritti? Le antiche legislazioni, e particolarmente quella dei Romani, erano scandalose riguardo a questo oggetto. I legislatori gli negarono anche il nome di uomo. La legge Aquilia condannava alla stesse pena

l' uccisore di un servo che l'uccisore del cane o del cavallo altrui (l. 2 , Dig. *Ad legem Aquiliam*).

Montesquieu (*Esprit des loix*, lib. XXVI, cap. 4), riferisce una legge di Goodebaldo re di Borgogna, nella quale si ordinava che se la moglie o il figlio di colui che avea commesso qualche furto, non avessero rivelato il delitto, fossero ridotti in ischiavitù. Egli ne riferisce un' altra di Receisnindo, che permetteva ai figli dell' adultera di accusarla e di mettere alla tortura i servi della casa. (La prima di queste leggi si trova nel codice dei Borgogooni, tit. 4: e la seconda nel codice dei Visigoti, libro III, tit. 4, § 23). Ecco due leggi che, per conservare i costumi, distruggono la natura, dalla quale traggono origine i costumi. Il rispetto e l' amore filiale ne sono i primi dettami. È la natura quella che c' inspira altrettanto orrore nello svelare i delitti dei nostri padri, quanto pei delitti stessi. Sono i suoi accenti ch'ecitano il piacere di vederli nascosti. Ma la legge vuole che si svelino; ma la natura ce lo proibisce e ci comanda di celarli. Non sarebbe forse una follia il paragonare la forza dell'una coll'energia dell' altra? I sentimenti della natura prevalgono sempre a quelli della forza. Le leggi non debbono distruggerli; debbono anzi fomentarli.

Ora vediamo un poco se questi principii universali della morale possano in certi casi essere modificati dalle leggi. È un dogma della natura il reciproco soccorso del marito e della moglie. Una legge degli Achei toglieva questo peso al marito dell'adultera. Il precetto della natura non veniva sicuramente alterato in questa legge; era però modificato, e la modificazione era utile. Il matrimonio era presso i Greci un contratto che obbligava da due lati. Dopo l' adulterio la legge non vedeva nel marito e nella moglie che due cittadini. Le sue mire erano tutte politiche. Il legislatore conosceva benissimo che il fondamento di una nazione sono i costumi. Una legge di Solone obbligava i figli a nutrire i loro padri oppressi dalla miseria : essa n'eccettuava quelli ch'erano nati da una prostituta; quelli, la pudicizia dei quali era stata esposta dal padre con un commercio infame (Samuel Petit , *Leg. att.* , lib. VI, *De connubiis*, tit. 5), e finalmente n'eccettuava i figli, ai quali il padre non aveva fatto imparare alcun'arte onde potersi alimentare (*Veggasi* Plutarco, nella vita di Solone). Montesquieu, riflettendo su questa legge degli Ateniesi, dice che nel primo caso la legge considera che, essendo incerto il padre, egli aveva resa precaria la loro obbligazione naturale; che, nel secondo caso, egli aveva denigrata quella vita che loro aveva dato e che aveva loro recato il peggior male che si possa fare ad un figlio privandolo del suo carattere; e finalmente nel terzo caso il padre aveva resa ai figli insopportabile una vita ch' essi trovavano tanta difficoltà a sostenere (*Esprit des loix* , lib. XXIII). Tutte queste eccezioni non sono altro che tante utili modificazioni del precetto naturale di alimentare i propri padri.

L'altro oggetto della bontà assoluta delle leggi è la *rivelazione*. Se questa è lo sviluppo e la modificazione dei principii universali della morale, le leggi non debbono distruggerla nè alterarla. Questo sarebbe un urtare un edificio innalzato da un essere che ha i primi dritti alla nostra obbedienza. Essa debbe anzi servire di guida alla legislazione. Il solo decalogo contiene in pochi precetti quello che appena cento codici di morale potrebbero racchiudere. I doveri dell'uomo verso Dio, verso sè stesso e verso gli altri uomini, vi sono splendidissimamente definiti. Il culto interno ed esterno che vi si prescrive è tutto pieno di purezza e di pietà. Ivi la superstizione e l'idolatria sono egualmente proscritte. La pace privata delle famiglie, la onestà coniugale e la pubblica tranquillità ne sono come le conseguenze. Chi non vede di quanto utile può essere alla legislazione un modello così perfetto? I tratti di umanità e beneficenza che si vedono risplendere nelle cristiane legislazioni, sono un beneficio che noi riconosciamo dallo stabilimento di una religione, la quale sviluppando i principii naturali dell'affezione reciproca ed eguagliando a piè dell'altare le condizioni degli uomini, ha messo un suggello di più alla libertà dell'uomo, proscrivendo la schiavitù domestica. Questa quercia annosa, l'ombra della quale ha in tutti i tempi coperta la terra da un polo all'altro, ha cessato di ingrombrare l'Europa dopo lo stabilimento del cristianesimo. Noi possiamo con ragione disputare ai nostri padri il primo posto accanto al trono dell'umanità e della ragione. Nè l'egizia, nè la greca, nè la romana giurisprudenza può essere messa in confronto colla nostra riguardo a quest'oggetto. Noi non troviamo nella storia di questi popoli un legislatore che abbia rispettati gl'imprescrittibili dritti della libertà dell'uomo e che ne abbia adottata l'inalienabilità. Noi non ne troveremo uno che abbia neppur supposto che nel codice della natura non vi è titolo alcuno che possa rendere legittima la schiavitù nè un prezzo che possa pagarla.

Bontà relativa delle leggi.

La diversità dei caratteri, dell'indole degli uomini e la loro incostanza si comunica ai corpi politici, non altrimenti che i difetti delle parti si comunicano al tutto. Le nazioni non si rassomigliano alle nazioni, i governi non si rassomigliano ai governi. Pare che la natura, avida di manifestare la sua grandezza nella varietà delle sue produzioni fisiche, voglia egualmente far risplendere i suoi prodigii nella diversità dei corpi morali.

Ogni governo ha le sue molle particolari che lo fanno agire: ma quelle che lo fanno agire in un tempo, lo lasciano nella inazione in un altro. I costumi di un secolo non sono quelli del secolo che lo precede nè di quello che lo segue. L'interesse delle nazioni si muta come le generazioni, e pochi anni di tempo

e un meridiano di distanza bastano per rendere pernicioso in un tempo o in un luogo quello ch'era utile in un altro tempo o in un altro luogo. Le leggi dunque debbono seguire o no questa incostanza, e questa prodigiosa varietà dei corpi politici? Un legislatore odia le ricchezze, bandisce dalla sua repubblica l'oro e l'argento, proibisce il commercio, procura di stabilire una eguaglianza di condizioni e per conservare la medesima, regola le doti e dirige le successioni, distrugge ogni proprietà; vuole che le terre siano della repubblica e che quella ne distribnisca una porzione a ciaschedun padre di famiglia, per goderne in qualità di usufruttuario; condanna il lusso, introduce una specie di gloria e di onore nella frugalità, avvilisce le manifatture; vuole che la terra si coltivi dai servi, e che un cittadino libero non abbia altra occupazione che quella che riguarda la robustezza del corpo e l'arte della guerra. Egli immerge i suoi cittadini in un ozio generale; e per prevenirne le funeste conseguenze, regola tutte le loro azioni. I loro cibi, il loro pranzo, sino gli oggetti sopra i quali debbono cadere i loro discorsi nei pubblici portici, sono determinati dalla legge. Il ballo, la corsa, la lotta e tutto ciò che può fortificare il corpo e disporlo alle fatiche della guerra, diviene l'oggetto dei pubblici spettacoli e il gran decoro del cittadino. Egli previene la dissolutezza dei due sessi col soccorso di un rimedio che pare doverla fomentare; vuole che le donzelle vadano sempre col volto scoperto e che affatto nude combattano coi giovanetti negli esercizi pubblici, persuaso che il rimedio più sicuro contra le impressioni della natura è di avvezzare i sensi al suo spettacolo. L'evento giustifica tutto il sistema della sua legislazione, e la sua repubblica diviene l'ammirazione dell'universo, e conserva la sua felicità e la sua forza per sei secoli.

Un legislatore di un' altra repubblica, separata della prima da uno spazio di poche leghe, pensa tutto all'opposto. Le sue leggi proteggono il commercio, animano le arti, incoraggiscono l'agricoltura, promuovono il travaglio e richiamano da ogni parte le ricchezze. Consapevole della sterilità del suolo della sua repubblica, questo legislatore chiama in soccorso l'industria. Vuole che ciascheduno dei suoi cittadini eserciti un mestiere dispensa il figlio dall'obbligo di alimentare un padre che non gli ha insegnata alcun'arte onde poter vivere; e dà ad un congresso dei più rispettabili cittadini la cura d'invigilare sui mezzi dai quali ciaschedun individuo della repubblica raccoglie la sua sussistenza. Vuole che tutti siano occupati, ma non vuole che si prescriva ad alcuno il mestiere, la scelta del quale dee dipendere interamente dal suo arbitrio, e dà la cittadinanza agli artieri esteri che si vengono a stabilire colla loro famiglia nella città per esercitarvi la loro arte: la libertà, il bisogno, le leggi, tutto favorisce le arti in questa repubblica. L'ozio è punito come un delitto; le donne stesse debbono essere laboriose e sedentarie, perchè la legge vuole

che lo sieno; ed il legislatore crede di poter respingere la corruttela dei costumi, e di poter sostenere l'onestà dei due sessi in mezzo alle ricchezze ch' egli cerca di richiamare e del lusso che deve essere l'effetto, col solo appoggio della fatica. La sua repubblica diviene col soccorso di queste leggi, felice, ricca e potente; e se non può conservare le sue leggi, per sei secoli come la prima, ha in compenso la gloria singolare di sopravvivere alla sua libertà.

Quale di queste due legislazioni è la migliore? A questa domanda si risponde che Sparta non poteva aver una migliore legislazione che quella di Licurgo, ed Atene di quella di Solone. L'effetto di queste due legislazioni fu lo stesso, malgrado l'opposizione e la diversità delle cause. L' una e l'altra erano opportune allo Stato delle due repubbliche, alle quali furono date, e questa opportunità, questo rapporto tra le leggi e lo stato della nazione che le riceve, è quello che chiamiamo bontà relativa.

Bontà relativa delle leggi considerata riguardo agli oggetti che costituiscono questo rapporto.

Dopo di aver in questa maniera esposto il principio generale della bontà relativa delle leggi, passiamo a sviluppare colla maggior possibile brevità gli oggetti principali che compongono questo rapporto, ed i principii e le regole che ne derivano.

Abbiamo detto che la bontà relativa delle leggi consiste nel loro rapporto collo stato della nazione, alla quale si applicano. Ora varie cose compongono questo Stato. La prima fra queste è la natura del governo. Vediamo dunque come la legislazione vi si dee adattare.

1. *La natura del governo.* Vi sono diverse specie di governo (Vedi *governo*). Ognuno sa quanto il governo popolare è diverso dall' aristocratico, e niuno ignora gli spazi infiniti che separano la repubblica dalla monarchia.

Supposta questa diversità della loro indole, si vede facilmente come le leggi proprie per uno di questi governi non possono convenire ad un altro. Il popolo, per esempio, nella democrazia è in certi momenti sovrano, in certi altri è suddito. Egli fa le leggi, crea i magistrati, elegge i giudici; ma egli quindi dee obbedire, anche non volendo, a queste leggi, e deve essere condannato od assolto, anche non volendo da questi magistrati, da questi giudici. Le leggi dunque che debbono dirigerlo in questi due aspetti, sarebbero inutili nelle aristocrazie e nelle monarchie, nelle quali il popolo non è che suddito.

Siccome nelle democrazie il potere supremo è tra le mani della nazione intera; siccome dove il popolo regna ogni cittadino è niente da sè solo, ma è tutto unito agli altri, non vi vuol molto a vedere, come il primo oggetto delle leggi in questi governi sarà

di regolare il numero e la condizione dei cittadini che debbono formarle; regolamento che, trascurato in Roma, fu, come si sa, la causa feconda di tanti disordini. Nella monarchie e nelle aristocrazie la semplice cittadinanza non è che un beneficio; ma nelle democrazie è una parte della sovranità. Nelle due prime un uomo che s'investe di questo carattere, non fa che partecipare de' vantaggi che vi sono uniti; ma nell' ultima è un intruso che si mescola nelle assemblee del popolo, per alzare una mano, per dare un voto da cui può dipendere la rovina della repubblica. Nei governi popolari dunque la legge deve essere più vigilante ad evitare questi disordini, più avara nell' accordare la cittadinanza, più austera nel punire colui che se n'è frodolentemente investito.

Il determinare il modo col quale si debbono dare i suffragi, è un' altro oggetto principale delle leggi in questi governi. Allorchè questi sono pubblici sono sempre più giusti: allorchè sono pubblici si discute su quello che si dee deliberare; allorchè sono pubblici finalmente la plebe è regolata dai principali cittadini, è contenuta dalla gravità dei più savii, ha un freno di più per non tradire la verità e la patria. Cicerone (lib. I, III. *De legibus*) si lagnava con ragione di un metodo contrario stabilito nei comizii di Roma. Una gran porzione dei cittadini abusava del secreto che li guarentiva da giusti rimproveri, per commettere le più grandi ingiustizie.

Regolati i suffragi, le leggi debbono dividere il popolo in certe classi, oggetto che ha sempre richiamata la cura dei legislatori, che contribuì tanto alla grandezza di Atene (Dionisio di Alicarnasso, nell'*Elogio d'Isocrate*), e che ha sempre avuta la maggiore influenza sulla stabilità ad il buon ordine delle democrazie. Le leggi debbono altresì determinare come e da chi si abbiano a proporre le leggi al popolo; ed i mezzi onde rimediare alla lentezza inseparabile dei governi popolari, lentezza spesse volte utile, ma che negli affari che richiedono una risoluzione istantanea, potrebbe cagionare la rovina della repubblica; motivo per cui furono creati in Isparta i due re, in Atene gli arconti, in Roma i dittatori.

Finalmente il popolo, ha in ispecialità bisogno di essere condotto da un consiglio o da un senato; egli ha bisogno di un capo che lo guidi alla guerra, egli dee avere i suoi magistrati ed i suoi giudici, agli dee eleggerli. Le leggi debbono dunque determinare la maniera, colla quale egli dee procedere in questa elezioni.

Questi sono i principali oggetti che costituiscono il rapporto delle leggi colla natura del governo democratico, e queste sono le regole che ne derivano. Vediamo ora ciò che riguarda l' aristocrazia.

In questa specie di governo l'autorità sovrana è nelle mani di un certo numero di persone; il corpo degli ottimati è quello che fa le leggi, e lo stesso corpo è quello che le fa eseguire; il resto del popolo è riguardato da essi, dice Montesquieu, ciò che nelle

monarchie sono i sudditi rispetto al monarca. Lo spirito dell'aristocrazia non permette di lasciare al popolo niuna parte del governo; le leggi debbono dunque invigilare, affinchè queste parti siano almeno bene distribuite nello stesso corpo degli ottimati; e debbono distinguere ciò che spetta di fare a tutto il corpo de'nobili, da ciò che spetta al senato e da ciò che spetta ai magistrati. Senza questo metodo, senza questa distribuzione, il disordine regnerà dappertutto e l'aristocrazia sarà il peggior governo di tutti, poichè l'anarchia è più funesta del dispotismo stesso. Stabilita questa distribuzione, le leggi debbono conservarla. Esse debbono creare una magistratura destinata a conservare l'equilibrio nelle diverse parti del governo. In tutte le repubbliche tanto aristocratiche quanto democratiche, bene ordinate, questo rimedio non è trascurato. Questo era l'ufficio degli efori in Isparta, e questa era una incombenza del consiglio detto *pregadi* in Venezia. Ma per evitare che il rimedio non sia peggiore del male, le leggi debbono in tal maniera limitare e combinare l'autorità e i diritti di questa magistratura che, anche volendo, essa non possa abusarne. Una autorità esorbitante, data ad un cittadino in una repubblica è il peggiore de' mali. Essa fa, dice Montesquieu, una monarchia, e più che una monarchia. In questa le leggi hanno provveduto alla costituzione, o vi sono accomodate; la costituzione stessa del governo frena il monarca; ma in una repubblica, ove un cittadino si fa dare un potere esorbitante, l'abuso di questo potere è più grande, perchè le leggi, che non lo hanno preveduto, non possono neppure frenarlo (*Esprit des loix*, lib. II, cap. 3).

Tra tutti i mezzi per prevenire questo male, il più efficace è di restringere quanto si può la durata di questa magistratura. In tutte le cariche la legge dee compensare l'estensione del potere colla brevità della sua durata. Le leggi romane erano ammirabili riguardo a questo oggetto. Il dittatore, al quale la sorte della repubblica era affidata; il dittatore che non conosceva alcun capo, alcuna autorità superiore alla sua; il dittatore nelle mani del quale l'assassinio stesso diveniva legittimo; il dittatore non regnava se non fino a tanto che il bisogno lo richiedeva presso i Romani. Egli non aveva nè il tempo di concepire grandi speranze, nè l'ozio per servirsi del suo potere per renderlo pernicioso alla libertà ed alle leggi. Il censore al contrario, il ministero del quale richiedeva più austerità che talenti; il censore che aveva più impero sui costumi che influenza nella direzione delle forze pubbliche; il censore che incuteva più timore ai cittadini che alla repubblica, conservava per cinque anni la sua autorità. Finalmente il consolato, la pretura ed il tribunato erano annuali; perchè la loro magistratura era tale che poteva farsi un partito nella repubblica.

Questi sono i principii generali, queste sono le regole che derivano dal rapporto delle leggi colla natura del governo. Passiamo finalmente alla monarchia.

Si chiama monarchia quel governo ove regna un solo, ma con leggi fondamentali. Queste leggi fondamentali suppongono necessariamente alcuni canali, pei quali il potere si comunica, ed alcune forze reprimenti che ne conservino la moderazione e lo splendore. La natura dunque della monarchia richiede che vi sia tra il monarca ed il popolo una classe e un grado intermedio destinato, non ad esercitare alcune delle porzioni del potere, ma a mantenere piuttosto l'equilibrio, e che vi sia un corpo depositario delle leggi, mediatore fra i sudditi e il principe. I nobili compongono questo grado intermedio, e i magistrati questo corpo depositario delle leggi.

Le leggi debbono dunque determinare i privilegii ed i dritti degli uni e le funzioni degli altri; debbono determinare i limiti di ciascheduna autorità dello Stato; debbono dichiarare quali siano i veri dritti della corona, e quale il ministero dell' individuo che la porta; debbono determinare fin dove debba estendersi il potere legislativo, e dove debba cominciare e finire l'esecutivo; le suddivisioni di queste e i diversi ordini delle magistrature, le loro dipendenze, l' ordine delle appellazioni, le loro rispettive incumbenze, tutto deve essere determinato o stabilito dalla legge. Se da quest'ordine, se da questa ripartizione dipende la sicurezza del cittadino nelle monarchie; se ogni acquisto, ogni usurpazione dell'una delle parti che si faccia, è sempre una perdita per lo Stato; se finalmente degenera nel dispotismo, non vi vuol molto a vedere quanto questi articoli debbano richiamare le cure del legislatore e la precisione delle leggi in questi governi.

Ma oltre queste tre specie di governo di cui abbiamo parlato, ve n' è un' altra, la quale non è assolutamente nè monarchia, nè aristocrazia, nè democrazia, ma è un misto di tutte queste diverse costituzioni; non parleremo di queste forme di governo misto, perchè potendo esse variare all' infinito, non vi si possono applicare principii generali e dedurne regole determinate e costanti.

Genio ed indole de' popoli. Sotto due aspetti si può considerare il genio e l' indole de' popoli: relativamente a quello spirito universale che in ogni età anima la maggior parte della nazione, e relativamente a quella inclinazione ed a quell' indole propria di quel popolo in particolare, al quale le leggi vengono applicate. Sotto l' uno o l'altro aspetto si consideri, quest'oggetto dee avere una grande influenza sul sistema della legislazione. Cercheremo prima di ogni altra cosa di far vedere quella che vi dee avere lo spirito universale del secolo, e quindi l' indole ed il genio particolare del popolo che dee riceverla.

L' incostanza che accompagna tutto ciò che ha relazione coll' umanità, si mostra ancora nel genio dominante delle nazioni ne'diversi tempi. Lo spirito dei tempi si cangia col cangiare delle circostanze che concorrono a formarlo, e le vicende che il tempo cagiona nel fisico, le cagiona ancora nel morale.

Per persuadersi di questa verità basta consultare la storia delle nazioni. Che cosa abbiamo noi che rassomigli agli antichi? Che cosa ha di comune il nostro genio e la nostra indole colla loro? Dov'è quello spirito belligerante che invasava tutti gli animi, che armava tutte le nazioni, e che alterando i sentimenti stessi della natura, rendeva meno cara la vita e meno spaventevole la morte? Dove quei giuochi, ove il Greco ed il Romano faceva pompa della sua forza e della sua destrezza innanzi ad un popolo immenso; dove col soccorso de' premii e delle acclamazioni si nutrivano i vivi sentimenti della gloria, e dove il piacere stesso pagava un tributo alla forza ed al coraggio. Uno spirito di permuta e di commercio allo invece oggidì agita la terra, e dappertutto non si pensa che ad arricchirsi. Chi non vede quale diversità di principii dee produrre nel sistema della legislazione questa prodigiosa rivoluzione nell'interesse, nelle indole e nel genio dei popoli?

Tutti i politici e gli storici dell'antichità attribuiscono la decadenza delle nazioni alle ricchezze che vi sono penetrate, e le leggi di Licurgo che seppero tenerle lontane dalle mura di Sparta per più secoli sono state da essi considerate come il capo dell'opera della politica e il modello di una perfetta legislazione. Persuasi dei vizii che portavano seco loro le ricchezze, persuasi degli instrumenti di corruzione e di servitù che l'opulenza e il lusso offrivano alla tirannia, persuasi, in una parola, de' vantaggi della povertà, essi compatiscono Solone, il quale fu costretto ad allontanarsi da questi principii emanando le sue leggi agli Ateniesi, e ci fanno vedere che questo legislatore stesso conosceva i difetti della sua instituzione, dicendo ch'egli non aveva dettate le migliori leggi agli Ateniesi, ma le migliori tra quelle ch' essi erano nello stato di ricevere.

Così pensavano gli antichi. Questo era il sistema della greca e della romana politica. Il loro grande oggetto era di conservare colla povertà la frugalità e colla frugalità la forza, il coraggio, la tolleranza della fatica e la rigidezza de' costumi. Rivolgiamo gli sguardi ai Moderni. Molto lontani dal credere la povertà un bene, i nostri politici non vanno in cerca che di ricchezze e di tesori. I loro voti sono diretti ai progressi dell' agricoltura, delle arti, del commercio. Siate ricchi, essi dicono ai popoli, se volete esser felici. Procurate, dicono ai sovrani, che i vostri sudditi abbiano un gran superfluo, se volete essere rispettati al di fuori e tranquilli nell' interno dello Stato. In mezzo alla opulenza il vostro nome sarà temuto, la vostra alleanza sarà desiderata, i vostri dritti rispettati, le vostre pretensioni bene appoggiate: voi darete la legge ai vostri vicini, ma essi la daranno a voi se voi siete più poveri di loro.

Qual è dunque la causa di questa diversità, o per meglio dire, di questa opposizione di mire tra gli antichi e moderni politici? Si dovrà forse supporre l'inganno e l'errore in una delle due scuo-

le, o dobbiamo piuttosto ammirare e gli uni e gli altri per aver adattate le loro massime allo spirito ed al genio dominante del secolo nel quale hanno parlato? La storia dell'antichità non ci fa forse vedere i popoli più ricchi ricevere la legge dai poveri, e gli annali moderni dell'Europa non ci fan forse vedere l'opposto? L'abbiamo già detto: la natura delle cose si è mutata. È finito il tempo, nel quale con due legioni si andava a muovere la guerra ad una nazione intera; vi vogliono eserciti oggi per combattere, e gli eserciti hanno bisogno di tesori.

Conchiudiamo: se lo spirito ed il genio dominante del secolo è l'acquisto delle ricchezze; se la superiorità non è oggi dalla parte della forza, del coraggio e dalle virtù guerriere, ma dalla parte dell'opulenza; se le nazioni più ricche sono le più felici nell'interno e le più rispettate al di fuori, all'agricoltura, alle arti, al commercio, all'acquisto, alla conservazione, alla ripartizione delle ricchezze dovranno dunque oggi dirigersi le prime cure del legislatore, una volta impiegate interamente a formare un animo coraggioso in un corpo agile e robusto.

Ora considerando il rapporto delle leggi sotto il secondo aspetto, cioè relativamente a quell'inclinazione, ed a quell'indole propria di quel popolo in particolare, al quale le leggi stesse vengono applicate, ci contenteremo di fare soltanto una osservazione, ed è, che malgrado le tante cagioni che concorrono oggi a distruggere ogni differenza tra il genio, l'indole e il carattere rispettivo delle nazioni europee; malgrado le comunicazioni rapide estese e continue che hanno tra loro i popoli che l'abitano; malgrado l'origine quasi comune che hanno avuto le costituzioni dei loro governi: malgrado l'armonia delle massime della morale derivata da una religione comune, la quale s'è stata alterata presso alcune di queste nazioni, è rimasta sempre la stessa circa quella parte dei suoi precetti che influiscono sui costumi: malgrado finalmente una certa quasi uniformità dei codici moderni; malgrado tutte queste concause riunite, il carattere, l'indole, il genio delle diverse nazioni europee non si rassomigliano: e vi si osserva ancora una differenza, se non così grande, come vi era tra quelle degli antichi popoli dei secoli eroici, i quali non si avvicinavano che per uccidersi, almeno tale che basta per non poter essere trascurata dal legislatore, e per dover avere una grande influenza nello spirito delle loro legislazioni.

Clima. Non si può dubitare che il clima influisca sul fisico e sul morale dell'uomo. Il calorico sparso sulla superficie del nostro globo è, senza dubbio, una delle forze della natura, e questa forza non può rimanere senza attività. Essa dee far sentire la sua azione, così sopra i vegetabili, come sopra gli animali. L'uomo, quantunque distinto da questi per le perfezioni della sua anima, può, facendo uso delle sue facoltà intellettuali, riparare in parte agli effetti di questa forza sempre attiva; ma non può sicuramente

distruggerla. L' eccesso o la scarsezza di questa materia sparsa nell' atmosfera, nella quale egli vive, è ciò che produce o il calore o la freddezza del clima. L' uomo potrà dunque riparare in parte a questo caldo o a questo freddo, ma non potrà distruggerne interamente l'azione. Un grado estremo di calore derivato dall'aspetto del sole o da una causa locale, dee rilassare le sue fibre, rendendole più delicate; dee, agitando gli uomini, snervare il suo corpo con traspirazioni troppo copiose; dee finalmente diminuire il suo calore naturale, il quale, come dimostrano i fisiologi, è sempre in ragione inversa del calore del clima. Ciò posto, la parte morale dell' uomo come potrebbe non essere sensibile a questa alterazione che si cagiona nella sua parte fisica? Per noi che viviamo ne'climi temperati, quando un caldo eccessivo sopravviene, non sentiamo noi la nostra memoria illanguidirsi ? Non ci sentiamo noi sull'orlo dell'imbecillità? Pare che un velo ci nasconda le nostre idee; pare che una forza straniera opprima tutte le nostre facoltà intellettuali. Sono tante e così forti le relazioni del nostro spirito e del nostro corpo, che gli urti dell' uno debbono necessariamente dall' altro risentirsi. Sarebbe dunque una stranezza il credere che il clima non influisca sul fisico e sul morale degli uomini ; ma non sarebbe minore stranezza il pretendere che questa forza sia l' unica che agisca sull' uomo.

Se lo spirito dee soggiacere agli urti del corpo, il corpo dee anche soggiacere agli urti dello spirito. La dipendenza reciproca che hanno tra loro, li obbliga a questa legge. L' educazione, le leggi, la religione, le massime ed i principii del governo, sono tante forze che agiscono di continuo sull' uomo civile. Queste accelerano o ritardano lo sviluppo delle sue facoltà individuali; queste o promuovono, o frenano, o dirigono le sue passioni ; queste fanno sì che egli sia o vile o coraggioso, amante della libertà, o insensibile al peso delle catene: tutte queste cause morali unite alle cause fisiche, tra le quali il clima ha qualche volta il primo luogo e qualche volta l'ultimo, tutte queste cause, diciamo, concorrono a modificare l' uomo civile ; tutte queste cause fanno sì che egli sia quello ch' è. Non è cosa facile il determinare precisamente quali siano i gradi di attività di ciaschedune di queste forze, ma, riducendo in generale la questione, si potrà dire che presso una società di selvaggi, le cause fisiche hanno il primato, e presso una società più incivilita lo hanno le morali. Il clima dunque influisce sul fisico e sul morale degli uomini, come causa concorrente, ma non come causa assoluta.

Nei climi temperati, ne' quali la natura, in vece di ritardare accelera nell' uomo lo sviluppo delle sue facoltà intellettuali; dove la moderata elasticità dell' aere pare che destini l' uomo che lo respira, a godere del dono esclusivo di spiegare rapidamente tutta la sua attività; dove nè la soverchia rigidezza e tensione delle fibre derivate da uno estremo freddo, nè il soverchio loro rilassa-

mento derivato da un estremo caldo, non cagionano la stupidezza, nè diminuiscono le sua sensibilità; dove la energia della voluttà, unita alla robostezza de' corpi, al vigore degli uomini, alla fecondità delle femmine, promuoverebbe infinitamente la popolazione, se le cause morali non rendessero, per così dire, inutili gli sforzi favorevoli delle cause fisiche; ne' nostri climi finalmente, ove la dolcezza dell'aere offre all'industria un campo che non ha confini; ove tutte le arti e tutte le manifatture, così quelle che hanno bisogno dell'aria aperta come quelle che hanno bisogno del fuoco, così quelle che richieggono l'ingegno, come quelle che richieggono la forza negli artefici; ne' nostri climi temperati, diciamo, con quale facilità la legislazione potrebbe ottenere i progressi della popolazione, dell'industria, delle arti, delle manifatture, della instruzione pubblica? Per ottenere queste cose ne' climi estremamente caldi, o ne'climi estremamente freddi, vi vogliono urti ed urti fortissimi; per ottenerle, per esempio, nella nostra Italia basterebbe torre gli ostacoli. Piccoli sforzi richieggonsi dai legislatori di queste felici regioni.

Tra gli effetti del clima ve ne sono alcuni che non sono nè perniciosi nè utili, ma che sono indifferenti. Contrastare in questi casi colla natura è uno sforzo inutile che non può produrre mai alcun bene, ma che spesso può cagionare disordini molto perniciosi. Se una specie d'industria, per esempio, se alcune arti, se alcune manifatture sono contrarie al clima di una nazione, il legislatore, promuovendole, non cadrebbe forse in un errore grossolano? Queste industria, queste arti, queste manifatture, ad onta delle leggi, non rimarrebbero forse sempre imperfette? Non sarebbero forse sempre poco profittevoli a coloro che l'esercitano? Le braccia sacrificate a queste occupazioni non sarebbero forse, con maggior profitto degli artieri e dello Stato, essere impiegate e quelle manifatture, a quelle arti, e quella specie d'industria che il clima soffre e richiede? Non potrebbe la nazione col superfluo di queste abbondantemente provvedersi di quelle che il clima le nega? Se un' arte ha bisogno di molto fuoco, potrebbe essa coltivarsi con profitto in un paese, ove il clima è estremamente caloroso; e se ha bisogno dell'aria aperta, potrebbe essa esercitarsi con vantaggio in un paese estremamente freddo? Che dovrebbe dirsi di un legislatore che volesse stabilire l'arte de' cristalli nello Zanguebar, o un commercio di costruzione di navi sulle spiagge gelate della Lapponia? Troppo lontano o troppo vicino all'equatore, in un clima molto caldo, o in un clima troppo freddo, l'uomo può essere inabile ad alcuni lavori ed a certe occupazioni, nelle quali riuscirebbe con felicità in un clima diverso: *Non omnis fert omnia tellus*. Questo si può dire anche dell'uomo. Opporsi alla natura in questi casi è una bizzarria inutile e perniciose. Che il legislatore dunque ripari agli effetti del clima, allorchè sono perniciosi, ne approfitti allorchè sono utili, li rispetti allorchè sono indifferenti.

Fertilità o sterilità del suolo. I terreni considerati relativamente alla loro fertilità o sterilità, possono ridursi a tre diverse classi. A quelli ne' quali il suolo dà tutto con picciolissimo soccorso dell' uomo; a quelli nei quali la generosità della natura è relativa all' industria di coloro che li coltivano; ed a quelli finalmente che rimangono sempre sterili, quantunque inaffiati dal sudore dei loro abitatori. Sotto questi diversi aspetti il legislatore dea considerare il terreno della sua nazione. Nel primo di questi casi, siccome la classe produttiva richiede un piccolo numero di persone; il legislatore può con meno pericolo proteggere le manifatture e le arti, perchè in un terreno così fertile la classe dei manifatturieri, non sarà mai così numerosa da poter togliere alla terra quelle poche braccia ch' essa richiede per raccorre i frutti della sua fertilità.

Nel secondo caso, al contrario, quando la terra richiede molte braccia per coltivarla, la soverchia moltiplicazione della classe degli artieri e dei manifatturieri, deve essere prevenuta dalla legge. Facendo esse l' opposto, e moltiplicando le arti e gli artisti, a spese dell' agricoltura, recherebbero un doppio male allo Stato. Esse trascurerebbero i benefici dell' agricoltura, che sono le prime sorgenti della ricchezza delle nazioni, senza per altro giovare alle manifatture; poichè il prezzo caro delle derrate derivato, non dall' eccesso della consumazione, ma dal difetto della produzione, senza giovare a' proprietari, dovrebbe necessariamente diminuire lo smaltimento delle manifatture; alzando il prezzo dei lavori. Questo fu l' errore del celebre Colbert.

Nella terza supposizione finalmente, quando il terreno è così sterile che non produca nianta col maggior soccorso dell' uomo, allora le leggi debbono eccitare all' industria, alle arti, al traffico quelle braccia che i rifiuti del suolo scoraggiscono, per compensare colle produzioni delle mani l' avarizia della natura. Ecco come Atene divenne il paese dell' abbondanza sulle arene del Pireo; ecco come Tiro e Sidone chiamarono l' opulenza ne' paesi della sterilità: ecco come l' Olanda sotto un cielo tempestoso e sopra un terreno vacillante ed esposto di continuo agl' insulti del mare, ha innalzata la sua grandezza coi beneficii dell' industria e del commercio, altrettanto più profittevoli quando sono uniti a' beneficii della libertà. La natura del terreno non è dunque un oggetto da trascurarsi nell' intraprendimento de' codici. Non lo è meno la situazione e l' estensione del paese.

Situazione locale od estensione del paese. Se la situazione o l' estensione di un paese influiscono sul genere proprio dell' industria di quel popolo che lo abita, debbono necessariamente influire anche sul sistema della sua legislazione. Supponiamo per esempio, che una nazione sia situata sui lidi del mare; che sia provveduta di canali di comunicazione e di porti; che abbia d' intorno nazioni sprovvedute di arti e mestieri, e per conseguenza, obbligate

a ripetere altronde i frutti dell' industria; che l'estensione del suo terreno sia così piccola che non possa supplire a' bisogni dei suoi abitanti; questo Stato avrà allora tutte le apparenze che possono eccitare un popolo ad essere manifatturiere e commerciante, e le leggi debbono, in questo caso, secondare i disegni della natura.

Religione del paese. Niun oggetto ha tanto richiamata la cura de' più celebri legislatori della terra, quando il rapporto delle leggi colla religione del paese.

Nella infanzia delle nazioni, presso i popoli nascenti è stata piuttosto un culto che un aggregato di dogmi. Si erigeva un altare, s' immolava una vittima, si spargevano alcuna libazioni per ottenere qualche favore dai numi, o per placarli, e questo era quello che si chiamava avere una religione.

Si cominciò quindi a credere che gli dei dovevano un giorno premiare la virtù e punire i delitti. Ma la idea di queste virtù e di questi delitti era vaga e spesso erronea. La religione alle volte ordinava quello che la morale proibiva, e proibiva quello che la morale ordinava. Tra questi contrasti tra la religione e la morale, tra questi errori tra le nozioni de'delitti e delle virtù, del bene e del male, le leggi dovevano interporsi per sostenere con una mano quello che si urtava coll'altra. Gli dei viziosi del paganesimo non potevano sicuramente prescrivere a'mortali una mortale che le loro pretese azioni avrebbero contraddetto, nè un culto che si risentisse delle loro follie, e di que'loro delitti stessi che la cieca e stupida credulità aveva imparato a venerare insieme coi sognati mostri che gli avevano commessi. Il Greco ed il Romano poteva farsi un dovere di religione di credere agli oracoli od ai sogni, di regolare le sue azioni colle profezie della Pizia, col volo degli uccelli, coll' appetito de' polli sacri, colle osservazioni degli auguri o degli aruspici; ma non poteva sicuramente farsi un dovere di religione d' essere casto, sobrio e moderato. Nel mentre che colui che aveva rapita la bella Europa ed il giovane Ganimede, era da lui venerato come il padre de' numi; nel mentre ch'egli vedeva che i delitti più vergognosi non avevano impedita l'apoteosi di alcuni uomini ch' egli aveva imparato a venerare come numi; nel mentre che gli emblemi di Venere, delle Grazie e degli Amori risvegliavano la sua voluttà ed accendevano i suoi viziosi desiderii; nel mentre che il dio osceno degli orti e del vino esigeva il suo culto; nel mentre che la dea onorata con eguale fanatismo e con eguale indecenza, in Amatunta, in Citera, in Pafo, a Guido ed in Italia, pareva che non volesse altro incenso che quello che si mescolava co' vapori della voluttà, che non si compiacesse d' altri sacrificii che di quelli del pudore, che non esigesse altro culto che quello delle passioni; in una parola, nel mentre che il credulo politeista si vedeva circondato da dei che proteggevano i suoi vizii ed i suoi piaceri, in questo mentre, io dico, i costumi, molto lontani dall'ottenere un soccorso dalla religione, ne ricevevano le più fatali scos-

se. Il loro unico punto di appoggio doveva essere la saviezza delle leggi, le quali dovevano riparare i mali che la religione cagionava senza distruggere la religione stessa, la quale era, riguardo ad altri oggetti, assolutamente necessaria al buon ordine della società. Non vi vuol molto a vedere quanto dovesse essere difficile cosa il riuscire in questa intrapresa. Ma non si può dire lo stesso nello stato presente delle cose.

Oggi che nell' Europa si professa una religione divina, una religione che non altera, ma che perfeziona la morale, che non distrugge, ma che garantisce la società e l' ordine pubblico; che alle minacce delle leggi contra i delitti aggiunge quelle di un giudice giusto; contro del quale non giovano nè le tenebre, ne le mura domestiche; una religione che frena e dirige tutte le passioni; che non è gelosa soltanto delle azioni, ma de'desiderii e dei pensieri, che unisce il cittadino al cittadino e 'l suddito al sovrano; che disarma la mano dell'offeso, nel mentre che ordina al magistrato di vendicare i suoi torti; che prescrive un culto, che ordina alcune pratiche religiose, dalle quali l' uomo è dispensato subito che i bisogni dello Stato lo richieggono; una religione, io dico, di questa indole, non dee imbarazzare un legislatore. Basta ch'egli la garantisca dagl' insulti della miscredenza e della superstizione; basta ch' egli procuri di conservarla nella sua purezza, che può essere alterata da' suoi nemici, basta ottenere questo, per poter tutto sperare dalla religione e niente temere da' suoi abussi. Questa è la differenza che passa tra il rapporto delle leggi colle false religioni, ed il rapporto delle leggi colla vera. I principii che derivano dal primo rapporto, debbono essere di correzione, e quelli che derivano dal secondo, debbono essere di semplice protezione; diciamo di semplice protezione, giacchè tutto quello che previene gli abusi della religione fra noi, giova più di ogni altro alla religione medesima.

Maturità del popolo. Tutti i popoli incominciano dall' essere fanciulli: tutti gli Stati incominciano dall'essere deboli. Essi vacillano per molto tempo intorno alle loro culle, prima di acquistare bastante forza per abbandonarle. Durante questo tempo, le loro leggi debbono necessariamente risentirsi della loro debolezza e della loro infanzia. L' inconseguenza e la leggerezza di questa età debbono necessariamente trasparire a traverso de' loro codici, come si palesa nella loro maniera di pensare, nei loro usi, ne' loro costumi, nel oro culto.

Essi cominciano quindi ad uscire da questa fanciullezza. Quasi insensibilmente i loro corpi si sviluppano; essi acquistano una giusta estensione. L' effervescenza della pubertà seguita dal vigore della gioventù fa loro tutto intraprendere. L' orgasmo, nel quale sono allora tutte le loro forze, li obbliga ad agire. Questa è per gli Stati, come per gli uomini, l'età delle passioni, dei desiderii, delle speranze, dei pericoli; questa è l' età, nella quale essi o soccom-

bono alle loro imprese, o s' arricchiscono coll'industria, o s' ingrandiscono colle conquiste. Qui comincia la maturità dei popoli, e questo è il tempo della riforma de' loro codici.

Finchè durava la loro fanciullezza, l'infanzia della legislazione era propria dello Stato, nel quale essi erano. Allorchè cominciavano ad agire; allorchè l'azione diveone per essi un bisogno; allorchè gli avvenimenti interessanti si succedevano colla massima rapidità; allorchè l'aspetto della società si cambiava ogni giorno col cambiamento degl' interessi e dei rapporti, o coll'acquisto di nuove provincie, o di nuove sorgenti di ricchezze; durante questo tempo una savia amministrazione doveva supplire al difetto delle leggi; doveva contentarsi di ripararle come poteva; ma doveva aspettare che la sorte de'popoli cominciasse a stabilirsi; doveva riserbare ad un tempo di maggior quiete la grande impresa di gettare a terra l'antico edificio delle leggi, che nella prima età del popolo era forse opportuno, e che nella seconda non poteva essere che riparato.

Questo tempo di maggior quiete, questo tempo, nel quale la sorte di un popolo ha cominciato a stabilirsi; questo tempo, nel quale i veri interessi della nazione si possono conoscere; questo tempo finalmente, nel quale si manifestano a chi governa, i materiali proprii per gettare i fondamenti stabili e durevoli di una prosperità che, derivata da una serie di avvenimenti fortunati, non potrebbe, senza questi, essere che precaria; questo tempo, diciamo, è quello che chiamasi maturità di un popolo. L'epoca di questa maturità doveva essere pur quella della riforma de'codici, e molte nazioni europee ne hanno felicemente approfittato.

Questo articolo sembrerà forse più lungo di quello che la natura di quest'opera il comporta, ma l'importanza dell'argomento mi ha strascinato a seguir le tracce dell'illustre Filangieri che, nella sua *Scienza della legislazione*, lo ha assai più estesamente trattato.

LEGISLAZIONE SUPREMA. Il dritto di legislazione suprema, ossia la potestà legislativa, presa nel senso più lato, consiste nella facoltà che ha il sovrano di uno Stato di determinare, mediante la dichiarazione della sua volontà, la condotta che debbono tenere i sudditi come tali; o, in altri termini, il potere legislativo stabilisca una volontà obbligatoria per tutti i cittadini, dai quali deve essere riguardata valida universalmente, non già pel principio che questa volontà sia realmente la volontà di tutti e di ciascun individuo, ma bensì per la massima che se lo Stato dee sussistere, è mestiere che venga osservata da tutti, come se fosse la volontà di tutti i di ciascun individuo.

La sovranità non può assolutamente essere priva dell'indicato dritto di legislazione. Lo Stato è una persona morale, a cui è stabilito un fine, per raggiungere il quale ha un vero bisogno di avere una

volontà uniti in civile società è oltre ogni credere differente; per la qual cosa sarebbe impossibile di ottenere mediante la necessaria unità nella volontà, qualora non si dessero fissi e generali precetti, ai quali i singoli membri dello Stato, cioè i sudditi, fossero obbligati ad uniformare le loro azioni, ed in conseguenza non si stabilissero con essi i mezzi obbligatorii per tutti i sudditi onde ragggiungere il fine sociale. Laonde, se questi fissi generali precetti sono necessarii pel conseguimento del fine dello Stato, è parimente necessaria la potestà, da cui derivano, la quale potestà è chiamata *dritto di legislazione*.

Sarebbe inoltre una vera contraddizione che la sovranità consistente nel dritto di reggere le azioni dei sudditi, affinchè conseguano il fine della società civile, non avesse il dritto di dichiarare validamente la sua volontà intorno ai mezzi da porsi in pratica dai sudditi per raggiungerlo. Tale dritto è, per così dire, l'anima e l'essenza della sovranità. I precetti stabiliti dal supremo potere, in forza di questo suo dritto, chiamansi leggi.

Alcuni moderni scrittori pretessero separare il potere legislativo dal potere esecutivo, attribuire il primo al popolo, e il secondo al sovrano. Questa dottrina che fece e che fa oggidì tanto rumore, esposta senza alcun velo per la prima volta da Montesquieu, il quale asserì che tutto sarebbe perduto se un solo e medesimo uomo od un solo e medesimo corpo potesse prescrivere leggi e farle eseguire (*Esprit des loix*, lib. XI, cap. 6). Non pochi scrittori si dichiarano però contrarii all'esposta dottrina. Puffendorfio sebben tragga dal popolo l'autorità suprema, nondimeno sostiene che la divisione del potere legislativo dall' esecutivo produrrebbe un mostro a due teste, l'una delle quali avrebbe una volontà senza potere, l'altra un potere senza volontà. Boemero la chiama egualmente un mostro di repubblica (*monstrum reipublicae*). Rosseau paragona i partigiani di questo sistema della divisione a quei ciarlatani del Giappone, i quali, secondo il dire dei viaggiatori, squarciano in pezzi un ragazzo sotto gli occhi del popolo, e poscia gettando nell'aria tutti i suoi membri l'uno dopo l'altro, fanno ricadere il fanciullo vivo e nella sua integrità. Finalmente se, dietro l' opinione di Montesquieu, i detti due poteri debbono di più restare indipendenti l' uno dall' altro, ed anche combattersi incessantemente, ebbe ragione Sieyes di asserire ch' essi rassomiglierebbero a due cavalli, i quali attaccati alla stessa vettura e costretti a tirare in senso contrario, rimarrebbero eternamente allo stesso posto, malgrado i loro sforzi. Laonde, ben a ragione, conchiude il Baroli nel suo *Dritto naturale privato e pubblico*, che la divisione dei poteri è falsa anche secondo lo spirito del sistema che attribuisce la sovranità al popolo; giacchè se questo popolo fosse realmente sovrano, dovrebbe poter eseguire e far eseguire le sue leggi;

Abbiamo detto che i precetti stabiliti dal supremo potere in forza del dritto di legislazione, chiamansi leggi. Ora questi pre-

cetti debbono essere necessarii, ch' è quanto dire assolutamente voluti dai bisogni veri e reali della società, per l' ovvia ragione che ciò non è soltanto il fondamento in genere della società medesima, ma eziandio dello stesso dritto di legislazione. È mestieri inoltre che questi precetti vengano notificati ossia portati a cognizione de' sudditi onde, conoscendoli, possano ad essi uniformare le loro azioni, altrimenti non si può in essi indurre veruna obbligazione (*lex non promulgata non obligat*).

Promulgazioni delle leggi.

La premulgazione della legge già pronunziata dal legittimo imperante viene portata a cognizione dei sudditi affinchè vi uniformino in seguito le loro azioni. La promulgazione è un carattere essenziale e proprio della legge positiva. Una legge positiva non promulgata non può dirsi assolutamente una legge. Niuno è tenuto ad uniformarsi nelle sue azioni ad una norma che non conosce; e quindi non gli può esser imputata la violazione di essa. Senza la promulgazione della legge qualunque suddito sarebbe autorizzato ad allegarne ignoranza, e perciò in fatto sarebbe come se non esistesse. Si rende quindi necessario, onde la legge abbia il suo effetto, che la suprema autorità si dia tutta la cura per togliere il suddito dallo stato d' ignoranza della legge, vale a dire, dee dare alla legge la maggiore possibile pubblicità. Le leggi possono essere promulgate colla voce o colla scrittura, o coll' uno e coll' altro mezzo unitamente, facendole pubblicare dal banditore prima di presentarle al popolo in iscritto.

I giureconsulti francesi distinguono la promulgazione della legge dalla sua pubblicazione, intendendo per la prima l' atto con cui la legge viene munita dell' impronta della pubblica autorità, vale a dire di tutte quelle forme e solennità che servono a renderla autentica e a farla conoscere come la vera volontà del sovrano; e per la seconda l' atto con cui la legge è portata a pubblica notizia. Certamente nella pubblicazione della legge debbono concorrere tutti i caratteri della sua autenticità. Ella è cosa manifesta che la legge acquista forza obbligatoria pei sudditi dal solo momento in cui è legalmente promulgata, quantunque fosse da essi conosciuta anteriormente; per la qual cosa si dee distinguere la promulgazione della legge dalla *pubblicità* della medesima, potendo essa essere pubblica e non promulgata, col conoscerne i sudditi l' esistenza prima di quell' atto legale. La legge semplicemente meditata ed anche compilata, ma non promulgata, non è che un pensiero ed un progetto; essa acquista il vero carattere di legge allora soltanto che viene notificata ossia promulgata. Niuno può prevedere la volontà dell' uomo, niuno adunque è tenuto a seguirla, finchè non è legalmente manifestata, e quindi le leggi positive non debbono avere un effetto *retroattivo. Leges et con-*

stitutiones, dicea l'imperatore Costantino, *futuris certum est dare formam negotiis*, *non ad facta praeterita revocari* (l. 7. cod. *De legibus*, ec.). Le diverse forme poi di pubblicazione sono in sè stesse indifferenti, purchè conducano al conseguimento del fine. Per altro, sebbene le leggi positive debbano essere promulgate, non ne segue già che sia permesso tutto ciò ch' esse non vietano espressamente. Questa regola non vale che per le azioni lecite di loro natura, delle quali, per conseguenza, non si è potuto prevedere la proibizione.

Divisione delle leggi positive di uno Stato.

Per indicare le diverse sorta di leggi positive di uno Stato (dice il Baroli nel suo *dritto naturale*, *privato e pubblico*) si può partire da due differenti punti di vista, vale a dire, o dai loro oggetti, o dalle persone cui si riferiscono, le quali sono obbligate ad eseguirle. Il dividerle dietro i loro oggetti, è cosa difficile, imbarazzante e quasi impossibile, perchè tali oggetti possono variare e variano quasi all' infinito. Laonde sembra partito migliore il dividerle, considerandole sotto il secondo punto di vista, e questa divisione, a nostro parere, riesce più facile ed instruttiva.

Osservate le leggi positive sotto il secondo rapporto, cioè sotto il rapporto delle persone cui si riferiscono, ne ravvisiamo una prima specie in quelle che chiamansi *fondamentali*, in quanto che imposte al sovrano dalle costituzioni dello stato, si riferiscono all' esercizio di tutti o di alcuni dritti maestatici. Sarebbe, per esempio, una legge fondamentale quella che determinasse inalterabilmente il numero della milizia da fornirsi dallo stato, la quantità o somma de' tributi da pagarsi annualmente e simili. Certamente in alcuni casi pel pubblico bene sono necessarie ed utili le leggi fondamentali, come sarebbe la determinazione dell'ord ne di successione al trono. Lo Haller a questo proposito così si esprime: I filosofi dei nostri giorni vorrebbero che in ogni stato si moltiplicassero, direi quasi, all' infinito tali leggi, onde in esse avere un argine all' abuso del potere. In alcuni stati queste leggi sono troppo moltiplicate, e quindi senza impedire il male, mettono spesso ostacoli al bene. Quantunque sia certo, egli soggiunge, essere queste leggi obbligatorie pel principe sino a tanto che non si oppongono al conseguimento del fine sociale, tuttavia non rare volte producono il doppio inconveniente che il sovrano in conseguenza di esse si crede legato in molti casi; nei quali sarebbe necessaria una eccezione, e che, se, malgrado ciò, egli deroga a tale leggi, tutte queste eccezioni, benchè giuste e lecite di loro natura, sembrano opposte alla legge quindi arbitrarie ed odiose.

La seconda specie di leggi positive consiste nelle regole e nei precetti sovrani fissati per tutti i sudditi, o almeno per alcune classi dei medesimi. Queste leggi emanate dalla suprema autorità

sono *pubbliche* o *private*, secondo che determinano più da vicino i dritti e i doveri dei sudditi o in relazione a tutto lo stato o fra loro reciprocamente. La legge concernente, per esempio, l' imposta, è una legge pubblica; la legge in vece riguardante, per esempio, il modo di acquistare una eredità, è una legge privata. La potestà legislativa si estende ad entrambe le sorta di leggi, poichè il contegno dei cittadini, tanto verso lo stato, quanto fra loro, può esercitare una grandissima influenza sul fine sociale. Le leggi pubbliche si distinguono in diverse classi, secondo la diversità degli oggetti che debbono essere realizzati, mediante il contegno dei sudditi pel conseguimento del fine della società. Considerata la cosa sotto questo aspetto, ne deriva alla sovranità il dritto di promulgare leggi *militari*, di *polizia*, di *finanza*, *criminali*, ec., le quali leggi debbono essere riguardate come leggi di un genere comune.

Le leggi pubbliche sono spesso chiamate *leggi politiche*; le private si appellano da alcuni scrittori *leggi di giustizia* confondendo così le sottospecie di ciascuna classe di leggi, e così chiamano rare volte le leggi criminali leggi private, ed in conseguenza, leggi di giustizia e perciò politiche.

E in vero, le leggi criminali hanno per iscopo d' impedire con la minaccia di un male l' esecuzione di alcune ingiuste azioni. Le persone che esse vogliono trattenere dal commettere tali azioni chiamate delitti, sono i sudditi. Adunque le leggi criminali appartengono alla seconda specie di leggi, riferendosi ai sudditi considerati nei loro rapporti con lo stato.

Fondamento obbligatorio delle leggi positive.

Il fondamento *prossimo* della forza obbligatoria delle leggi positive relativamente ai sudditi è riposto nella legittima suprema autorità del sovrano dal quale emanano; perciocchè, avendo egli acquistato il dritto al supremo potere dello stato, ha pure acquistato con esso il dritto di dirigere le azioni dei cittadini, di prescrivere quindi le norme, alle quali debbono uniformarsi nel loro contegno: siccome poi questo dritto costituisce appunto la suprema autorità dello stato, così la forza obbligatoria di siffatte norme o di siffatte leggi positive si fonda sulla stessa legittima autorità dell' imperante. Perciò il dritto di legislazione, essendo stato da non pochi scrittori considerato sotto questo aspetto generico, venne identificato con lo stesso dritto di sovranità.

Il fondamento *rimoto* od ultimo della forza obbligatoria delle dette leggi consiste nella stessa legge naturale del dritto. Imperciocchè la legge naturale giuridica nel prescrivere agli uomini di vivere nello stato, col determinare accuratamente il fine del medesimo, col fondare il dritto alla sovranità, senza cui non vi può essere una società civile, con lo stabilire i dritti ed i doveri della

civile autorità, in relazione sempre al fine sociale, coll' autorizzare il potere supremo ad emanare tutte le leggi necessarie per raggiungere il detto fine, con l' imporre ai sudditi l' obbligazioni di uniformare le loro azioni alle dette leggi, viene propriamente in ultima analisi ad identificarsi con le stesse leggi positive, le quali non possono a meno di assumere il carattere d' interpreti della legge naturale del dritto.

Dall' accennato prossimo fondamento consegue, come abbiamo veduto sopra, che qualsivoglia legge positiva ha forza soltanto pei casi e per gli uomini, ai quali si estende la giusta attività del potere legislativo. La legge di uno stato, per esempio, ha forza obbligatoria soltanto pei casi contemplati dalla medesima e pei cittadini compresi nel territorio dello stato stesso.

Dal fondamento rimoto delle leggi positive deriva *moralmente* un altro corollario, vale a dire che qualsivoglia legge non solo obbliga relativamente alla pena della medesima minacciata ai trasgressori della legge, ma ben anche per sè stessa, ossia senza verun riguardo alla detta pena: lo che viene generalmente espresso col mezzo del seguente assioma: *la legge positiva obbliga anche nella coscienza, nè si dà alcuna legge meramente penale.* Ogni giusta legge prescrive quanto è necessario per qualche fine, al cui conseguimento è stretto dal dovere ogni uomo sottomesso alla legge stessa, e ciò è per la ragione che qualunque legge positiva in ultima analisi si fonda sopra qualche legge naturale, circa la quale ninno potrà ragionevolmente dubitare che sia munita della forza di obbligare.

Relazione tra le leggi positive e le naturali.

Nelle leggi si dee distinguere l' *editto*, cioè il comando o la proibizione; la *sanzione*, cioè l' aggiuntavi pene o ricompensa, e la *promulgazione.*

Circa la promulgazione, le leggi di uno stato debbono essere positive, ossia il sovrano stesso dee ordinarla e fare in modo che venga in realtà eseguita, altrimenti i sudditi non conoscerebbero la sua volontà, quindi sarebbero inutili le leggi e con esse il potere legislativo. Il modo della loro promulgazione deve essere conveniente e ragionevole (tale da indurre una valida presunzione che con esso i sudditi abbiano acquistata la cognizione delle leggi), ed in conseguenza, obbiettivamente e subbiettivamente naturale. Laonde, sebbene le leggi naturali non abbisognino di promulgazione, riconoscendo come mezzo della loro cognizione la stessa retta ragione di ciascun uomo, laddove per le leggi positive si esige che siano promulgate; tuttavia il requisito della promulgazione per queste ultime ed il modo della medesima sono cose prescritte dalla legge naturale giuridica riferita alla società civile.

Le leggi dello stato circa la sanzione possono essere positive,

vale a dire, è lecito al sovrano di aggiungere alle leggi da esso promulgate alcune conseguenze, le quali non vi sarebbero congiunte in forza della sola legge naturale, per esempio, la morte, l'infamia, la degradazione civica, il carcere, nel caso di violazione di una determinata legge. Ma anche siffatta sanzione, quantunque abbia il suo fondamento e la sua ragione nella volontà del legislatore manifestata ai sudditi mediante la sua promulgazione, tuttavia deve essere obbiettivamente e subbiettivamente naturale, giacchè la specie ed il grado dell'effetto aggiunto alla legge, per vestire il carattere di legittimità e di giustizia, debbono essere voluti dalla ragione di stato, e quindi eziandio dalla legge giuridico-naturale riferita alla città. Le leggi positive adunque circa la sanzione sono in ultima analisi naturali.

Le leggi della società civile debbono essere circa l'editto in sè e per sè naturali, poichè altrimenti non sarebbero dirette alla realizzazione del fine sociale e perciò non potrebbero esser giuste. Alcuni scrittori asseriscono che circa l'esposta massima vi ha una sola eccezione in quei casi, nei quali, fra molte possibili regole riguardanti le azioni dei sudditi ugualmente atte a dirigere verso il fine dello Stato, è lecito al legislatore di scegliere quella che gli aggrada. Questa eccezione, come è per sè stesso evidente, ha soltanto una mera apparenza di verità.

Le leggi positive non debbono essere in contraddizione colle giuridico-naturali, giacchè in siffatto caso sarebbero in contraddizione eziandio col fine sociale e non potrebbero a meno di essere leggi ingiuste. Le leggi di uno Stato debbono essere, in conseguenza, più o meno lontane delle naturali; si dee in esse riscontrar sempre il requisito della giustizia, debbono essere, a guisa delle stesse leggi di natura, il necessario risultamento dei rapporti naturali fra gli esseri. Le leggi di una città, dice Mably saranno buone quando saranno figlie delle leggi naturali. Le leggi politiche, osserva Rousseau, saranno esse stesse fondamentali, se sono *sagge*; ed altrove egli chiama saggia la legge quand'è conforme alla natura. Soltanto nella natura, dice Cicerone, si può trovare la regola che serve a distinguere una legge saggia da quella che non è tale.

Le cose poi possibili senza che s'incorra nell'accennata contraddizione possono essere fatte legalmente dal Sovrano. Laonde egli è autorizzato: *a*) A dichiarare le leggi naturali giuridiche come positive; *b*) A compartire alle dette leggi una determinata sanzione; *c*) A togliere i dritti degli antichi scrittori chiamati *permessi*, cioè che non sono per loro stessa natura nè inalienabili, nè imperdibili; *d*) A dichiarare i doveri etici come doveri giuridici; *e*) A determinare più da vicino quelle cose che secondo il mero dritto naturale sono indeterminate, quali debbano essere, per esempio, i segni indicanti la fatta occupazione, in quale età i figli divengano maggiorenni, quanto tempo sia necessario al pos

sessore di buona fede per far sua una cosa mediante la prescrizione e simili. Tutto ciò si armonizza pienamente colla legge naturale giuridica, considerata astrattamente o in relazione alla società civile, potendo essere necessario pel conseguimento del fine sociale.

Cogli esposti principii si può giudicare facilmente se sia retta la massima che la legge civile o positiva qualche cosa aggiunge o sottrae al dritto naturale, massima stabilita dal giureconsulto Ulpiano: *Quum aliquid addimus, vel detrahimus iuri naturali, ius civile efficimus* (l. 6, Dig. *De iustitia et iure*). La massima è derivata dall'avere considerata la legge naturale sotto un aspetto soltanto, cioè astrattamente come legge che, senza aver riguardo alle diverse posizioni, nelle quali possano trovarsi e l'uomo vivente nella società civile e la stessa società, stabilisca unicamente alcuni principii generali, che non possono essere nudamente applicati a tali diverse posizioni e circostanze.

Questa considerazione per altro della legge naturale è troppo limitata ed in conseguenza erronea; perciocchè è mestieri estenderla pure ad esaminare la legge naturale in relazione alla società civile, stato dalla medesima prescritto assolutamente all'uomo, del quale stato determina essa stessa il fine, talchè col richiedere che la società civile sia costituita e regolata in modo da conseguire siffatto fine, in ultima analisi viene essa stessa a stabilire le norme che secondo le diverse posizioni e circostanze debbono essere adottate per condurla alla sua meta. Se si fosse riguardata la legge sotto questo secondo rapporto, si avrebbe conosciuto che, a parlare propriamente, la legge positiva non fa che effettuare il dritto stesso di natura. Se il vero dritto naturale, come osserva ottimamente il Romagnosi, consistesse in una formola algebrica, sarebbe certo che il buon dritto civile dovrebbe aggiungere o detrarre qualche cosa al dritto naturale; ma derivando esso dalla natura dell'ente sensuale, ragionevole e libero, considerato in qualunque posizione, ne segue ch'è tanto esteso, tanto pieghevole, tanto multiforme; quanto estese, pieghevoli e multiformi sono le circostanze necessarie, le quali effettivamente influiscono sull'uomo considerato giuridicamente. Se ciò non fosse, come sarebbe possibile distinguere una legge buona da una cattiva? Le buone leggi positive non possono scaturire che dalle leggi naturali. Qual cosa mai in un determinato caso giustifica una misura presa, se non il concorso delle reali circostanze, le quali pel raggiungimento del fine sociale la richiedevano? Qual cosa può far riprovare in un dato caso un adottato spediente fuorchè la vista di un partito più conveniente allo scopo di una società civile? Questo partito migliore altro non è che la disposizione della legge naturale risguardante la società civile nel dato caso. Il Genovesi nella sua Diceosina riflette saggiamente che dalla legge naturale vengono fuori, siccome rampolli da un tronco, ed a questo tronco si at-

tengono tutte le leggi dei popoli, se sono giuste. — Laonde le cose aggiunte o detratte alla legge naturale, secondo la esposta sentenza, costituiscono la stessa legge naturale, la quale volendo il conseguimento del fine sociale, prescrive alla sovranità, in conseguenza delle speciali posizioni e circostanze dello Stato, di aggiungere o di tralasciare le dette cose; e però queste aggiunte od ommissioni si fondano rimotamente sulle medesime.

Dalle premesse osservazioni consegue che Hobbes sostenne un errore allorquando asserì essere la giustizia delle leggi positive affatto indipendente dalle naturali, essendo le leggi positive nella società civile l'assoluta fonte conoscitiva di ogni dritto e di ogni azione ingiusta. Questo scrittore fu spinto ad adottare questo principio per chiudere l'adito ad ogni disobbedienza dei sudditi alle leggi positive, avendo osservato come nello stato riesce pericolosa la proposizione che ciascun suddito sia autorizzato a pronunziare un pratico efficace giudizio, secondo il suo modo di pensare intorno a ciò ch'è giusto od ingiusto. Questa proposizione è certamente tanto falsa quanto pericolosa, ma la sua falsità non deriva dal principio che al sovrano sia lecito determinare arbitrariamente ciò ch'è giusto ed ingiusto; bensì dalla massima che la legge naturale giuridica per lo stesso ben essere dello stato, comanda a ciascun suddito di non giudicare efficacemente degli atti del sovrano, mentre impone al sovrano l'obbligazione di far soltanto ciò ch'è giusto e conveniente alla pubblica prosperità.

L'Egger nel suo dritto di stato asserisce che la legislazione positiva deve essere distinta dalla naturale in tutto ciò che affatto ripugna al senso rettamente inteso del contratto di stato per parte di un suddito. Essa non può, per esempio, permettere la difesa di sè medesimo nel caso di una questione di dritto, qualora sia possibile il soccorso dello Stato. Sembra però fermamente che anche sotto questo aspetto non vi sia differenza fra la legislazione positiva e la naturale, tranne quella (da noi espressamente già osservata) che deriva dalla diversa situazione in cui si considera l'uomo. Il principio addotto in esempio dal citato autore è un vero principio della legge naturale giuridica concernente lo Stato; e però la legge positiva, dalla quale è stabilito, altro non è che l'interprete fedele della legge naturale. Certamente se ci limitiamo ad osservare la legge naturale, che considera l'uomo fuori della società civile (posto nello stato estrasociale) troveremo stabilir essa principi non applicabili sempre strettamente alle relazioni sociali e civili; ma questa non è una mancanza della legge naturale, bensì di chi la riguarda ed esamina sotto un solo rapporto. Interroghiamola che cosa essa prescriva qualora l'uomo sia in società civile, e troveremo che le sue regole tendono sempre a condurre la società civile al conseguimento del suo fine.

La maggior parte degli scrittori, parlando della legislazione positiva, stabilisce come principio fondamentale della medesima

che le leggi positive debbano essere accompagnate dal doppio carattere di bontà assoluta e di bontà relativa. Per bontà assoluta della legge intendono l'armonia di essa coi principî universali della giustizia naturale; chiamano poi bontà relativa della legge positiva la sua convenienza colle circostanze particolari della società civile, donde nascono differenti speciali bisogni. Distinguono le circostanze che possono esercitare un' influenza nello Stato, in fisiche e morali, come sarebbero la posizione geografica, il clima, la forma del governo, il culto religioso, il grado d'incivilimento e di coltura, l'opinione pubblica e simili. Ma la trattazione di queste circostanze il concreto appartiene alle scienze politiche.

Effetti delle leggi positive.

Le leggi positive di uno Stato, promulgate che siano, producono gli effetti legali seguenti.

1. Il dovere giuridico nei sudditi di uniformare il loro contegno alle dette leggi; perocchè il sovrano ha il dritto della podestà legislativa in riguardo ai sudditi, e dee perciò in questi esservi il dovere giuridico corrispondente al dritto maestatico di suprema legislazione, ch'è quanto dire, il dovere giuridico di eseguire ciò che loro prescrive il sovrano, col mezzo delle leggi da esso pubblicate. L'indole del dovere giuridico, che nasce nei sudditi, dipende dal tenore e dalla sanzione dalle leggi. Relativamente al tenore le leggi debbono essere *precettive*, *proibitive* e *permissive*, secondo ch'esigono o un' azione od una ommissione, oppure abbandonano all'arbitrio del cittadino queste due cose, cioè l'operare od il tralasciare di agire. L'effetto poi di una legge permissiva è di due sorta, *diretto*, vale a dire, di siffatta indole che il suddito entro una sfera determinata può contenersi a suo piacimento; *indiretto*, ossia tale da imporre a ciascun altro il dovere di non turbarlo in quanto si contiene nella detta sfera. È cosa manifesta che se la legge è percettiva, ne consegue nei sudditi il dovere giuridico di eseguire l'azione dalla medesima comandata; se in vece è proibitiva, ne nasce il dovere giuridico di ommetterla.

2. L'azione proibita dalla legge qualora venga eseguita, è invalida. Vi sono azioni, le quali, fatta astrazione dalla legge positiva che le vieta, sarebbero tali da produrre dritti e doveri, per esempio, un contratto. Si è domandato dai pubblicisti se queste azioni proibite dalla legge, eseguite che siano, non producano gli effetti corrispondenti, cioè dritti e doveri. Se la legge proibitiva determina espressamente la loro invalidità, non vi ha dubbio che tali atti non possano produrre alcun effetto. Se la legge proibisce semplicemente l'azione, senza determinare alcuna cosa circa la sua validità o invalidità, per regola generale deve essere riguardata come invalida, eseguita che sia, poichè ragionevolmente è mestieri supporre che il legislatore l'abbia proibita per un legittimo mo-

tivo, il quale, relativamente alle azioni giuridiche, non può essere rinvenuto se non nella perniciosa influenza esercitata sul fine sociale. Dalla esposta regola si eccettua il caso, in cui apparisse dalla stessa legge essere volontà della sovranità che condizionatamente sia considerata obbligatoria l'azione vietata dopo la sua esecuzione, come ne abbiamo esempi nei codici civili, giacchè in questa ipotesi la supposizione giuridica dee cedere alla verità.

3. Se alla legge positiva è aggiunta una sanzione, ne nasce nei sudditi il dovere giuridico, effettuata la condizione portante la pratica inflizione della medesima, di non impedire che realmente abbia luogo, ossia, che praticamente venga inflitta.

Oggetto delle leggi.

Il vero e conveniente oggetto delle leggi positive dello Stato consiste unicamente nel contegno volontario ed esterno de'sudditi. Si è detto che il contegno deve essere *volontario* per l'ovvia ragione che l'involontario, cioè il necessario fisicamente o l'impossibile dipende esclusivamente dalle leggi naturali fisiche, alle quali non appartengono nè possono appartenere le leggi dello Stato. Da questo principio conseguono le massime che la legge positiva non promulgata non ha forza obbligatoria pei sudditi; che le leggi positive non hanno un effetto retroattivo, limitandosi a considerare i casi futuri, come quelli che possono dipendere ancora dalla volontà libera degli uomini. Si è detto in secondo luogo che l'oggetto di tali leggi è soltanto il contegno *esterno*, poichè le azioni interne, considerate in sè stesse, non sono un oggetto della legge giuridica, quindi nemmeno delle leggi positive dello Stato. La cosa però è altrimenti allorquando influiscono sulle azioni esterne, e si manifestano in esse chiaramente.

Il contegno volontario ed esterno dei sudditi è un legittimo oggetto, tanto della legge precettiva, quanto della proibitiva e permissiva, potendo essere benissimo riguardato come mezzo necessario per conseguire il fine della società civile, e quindi contemplato dalla disposizione di qualche legge dello Stato.

Interpretazione delle leggi.

Per interpretazione della legge s' intende la determinazione del suo vero senso. Dovendo le leggi positive essere concepite ed espresse con parole e sentenze, è dell'indole delle cose umane che in esse si trovi alcun che di oscuro e di ambiguo, dalla quale circostanza può derivare un'incertezza nella intelligenza intorno al vero senso della legge. Questo inconveniente può essere tolto soltanto colla retta loro interpretazione, vale a dire colla determinazione del loro vero senso.

Al legislatore spetta circa le leggi già promulgate il dritto d'in-

terpretarle *autenticamente*, ossia in un modo obbligatorio per tutti i sudditi. L' interpretazione può essere *grammaticale* o *logica*, secondochè versa o sulle parole, colle quali è espressa la legge, o sul motivo ossia sulla ragione stessa della legge. L' interpretazione logica è *estensiva*, *restrittiva* o semplicemente *dichiarativa*. Considerata l' interpretazione sotto il punto di vista della sua forza giuridica, si distingue in *privata*, cioè dottrinale, ed in *autentica* o pubblica. Ciascuno ha il diritto alla interpretazione privata, specialmente poi quelli pei quali la legge positiva è obbligatoria; ma siffatto diritto d'interpretazione lascia in libertà agli altri d'interpretare diversamente la stessa legge positiva. Il diritto all' incontro d'interpretare autenticamente le leggi positive appartiene al solo sovrano, poichè egli solo avendo il diritto di promulgare nuove leggi, di aver cura che il contegno dei sudditi convenga collo scopo sociale, deve essere autorizzato a tale interpretazione, essendo essa un mezzo per l'esercizio del detto diritto. Questo diritto poi compete a lui solo, potendo egli solo dare ad una regola il vigore di una legge positiva.

Se l' interpretazione autentica si limita ad assegnare alla legge un senso che poteva essere stabilito eziandio col mezzo della interpretazione privata, facendo uso delle regole suggerite dalla ragione, può essere senza ingiustizia applicata anche ai casi passati; se avviene il contrario, può essere legittimamente usata soltanto pei casi futuri, poichè propriamente rappresenta una nuova legge dapprima non conosciuta, la quale pertanto non poteva obbligare.

Limiti della forza obbligatoria delle leggi positive.

La forza obbligatoria di una legge positiva è limitata tanto se si considera in rapporto al tempo, quanto se si riguarda relativamente al luogo ed alle persone: 1. Circa il tempo è limitata al periodo della sua validità e del suo vigore. Tutto ciò che ad essa si riferisce ed è avvenuto dopo la sua promulgazione e prima del suo toglimento per parte della legittima autorità è compreso nella sfera della sua attività e deve essere giudicato secondo quanto essa prescrive. All'incontro in quanto a fatti accaduti o prima della sua promulgazione o dopo il suo toglimento, non può essere legittimamente applicata, non essendo compresi nella sfera della sua legale attività, perciocchè niuna legge può essere estesa ad azioni appartenenti alla sfera di una legge antecedente. Laonde, se qualche relazione giuridica appartiene alla sfera di due leggi che si sono succedute, la ragione vuole che sia giudicata dietro la disposizioni di entrambe. La regola che la legge *non ha forza retroattiva* non va soggetta ad alcuna eccezione, tranne il caso in cui il legislatore lo abbia espressamente ordinato, come sarebbe la legge ultima, cod. *De pactis pignorum*. La giusta

applicazione della detta regola è soggetta a non poche difficoltà, specialmente dopo la pubblicazione di nuovi codici; 2. Relativamente al *luogo*, la forza obbligatoria della legge positiva è limitata ai confini del territorio dello Stato; 3. Riguardo alle *persone*, per le quali le leggi positive sono attive ed efficaci, hanno esse forza obbligatoria universale pei sudditi dello Stato; forza obbligatoria pei forestieri in quanto le loro persone od i loro beni si trovano nel territorio dello Stato pel quale le dette leggi furono promulgate ed hanno affari in quel territorio.

Mutazione delle leggi.

Dicesi astrattamente che avviene la mutazione della legge allorquanto il legame tra i motivi e l'aziona libera (nel legame appunto è riposta l'essenza della obbligazione) subisce qualche vicissitudine. Tal cosa può succedere od in quanto siffatto legame viene tolto universalmente, od in quanto lo scioglimento del medesimo ferisce soltanto una parte della legge, rimanendo salva l'altra sua parte, od in quanto finalmente qualche singola persona viene esonerata dall'essere sottoposta alla legge. Nel primo caso dicesi che la legge è *abrogata*, nel secondo *derogata*; nel terzo che si dispensa dalla legge. Questa mutazione adunque può venire nei diversi modi seguenti: 1. Coll'*abrogazione*, ossia dichiarando che una determinata disposizione, la quale fino a quel momento ebbe forza di legge, cessa di averla in avvenire. L'abrogazione si distingue in *semplice* ed in *abrogazione*, secondo che succede o col mezzo soltanto della detta dichiarazione. o colla promulgazione di una nuova legge; 2. Colla *deroga*, la quale consiste nella dichiarazione del sovrano con cui determina che una legge in avvenire si riferirà ad un minor numero di oggetti, talchè in una parte viene cangiata, mentre nell'altra conserva il suo vigore: 3. Colla *dispensa*, la quale è riposta in quell'atto con cui si dichiara che un certo soggetto, fisico o morale, non debba essere obbligato ad osservarla. Laonde coll'abrogazione si toglie del tutto ogni obbligazione, colla deroga soltanto una sua parte, colla dispensa unicamente una singolare obbligazione.

Siccome le leggi, variate le circostanze, nelle quali si trova lo Stato allorquando furono promulgate, possono, anzichè vantaggiose, riuscire assai pregiudisievoli al medesimo; siccome il sovrano ha il diritto di usare di ogni sorta di leciti mezzi per conseguire il fine sociale, rimovendo gl'impedimenti ad esso opposti, così non può a meno di aver eziandio il diritto di cambiare le vigenti leggi positive, lo ha pure in tutti gli atti in essa compresi, vale a dire all'abrogazione, alla deroga ed alla dispensa della legge. Il diritto positivo è qualche cosa di successivo e di storico: per-

ciò dee continuare a svilupparsi storicamente, ed è un dovere di non opporsi ai suoi progressi ed al suo perfezionamento.

Tanto l'abrogazione quanto la deroga possono avvenire non solo espressamente, ma anche tacitamente, locchè succede quando cessa la ragione finale ed adequata della legge, e quando avviene tale mutazione di circostanze, per le quali nella nuova posizione delle cose la legge riuscirebbe affatto irragionevole, inutile o nociva.

Alcuni scrittori negano al sovrano il diritto di dispensa e quindi in ultima analisi qualsivoglia diritto di mutare leggi; giacchè, dicono essi, o dura il fondamento della legge (le speciali circostanze dello Stato, dalle quali è derivato), o è cessato: nel primo caso dee durare anche la legge ad esso appoggiata; laddove nel secondo cessando il fondamento della legge, non può a meno di cessare la legge stessa, e però in ogni caso il diritto di dispensa è una chimera od una cosa superflua nel diritto pubblico. Questa opinione si appoggia alla supposizione che ai sudditi, come tali, appartenga il diritto al pratico ed efficace giudizio intorno alla necessità o superfluità delle leggi vigenti nello Stato. Siccome questa supposizione è insussistente a falsa, così lo è pure egualmente la detta opinione. Il diritto di dispensa discende immediatamente dall'idea del diritto di legislazione e mediatamente da quello di sovranità. Al legislatore soltanto compete il diritto di determinare se le circostanze siano ancora tali da esigere che una determinata legge rimanga in vigore per tutti i sudditi, o se per qualche ragione particolare alcuno di essi debba essere dispensato dall'osservarla, volendo il fine stesso dello Stato.

Privilegio delle leggi.

Un elemento della giustizia della legge positiva è senza dubbio la sua generalità, vale a dire l'estendersi essa egualmente a tutti i cittadini, l'attribuire gli stessi dritti e le stesse obbligazioni a tutti i sudditi che si trovano nelle medesime circostanze. È d'uopo tuttavia avvertire al giusto senso in cui deve essere presa la generalità delle leggi positive essendovene alcune, le quali impropriamente diconsi speciali, perchè si riferiscono ad una sola classe di cittadini che sembrano particolarmente favorire, ma che per altro sono generali, considerando egualmente tutti i sudditi che per avventura vengono a collocarsi in quella determinata relazioni. Tali sono, per esempio, le leggi tendenti a favorire i commercianti, quelle che accordano beneficii ai pupilli, o stabiliscono alcune esenzioni pei poveri: queste leggi non tendono già a togliere l'eguaglianza civile, ma anzi a confermarla e sempre più assicurarla, riducendo la condizione di queste persone al livello di quella di tutti gli altri cittadini.

Quantunque la legge debba essere generale, ciò non ostante, non toglie il diritto al sovrano di far leggi, le quali si riferiscono

unicamente ad alcune persone, o ad una persona soltanto; perciocchè le posizioni e le circostanze di alcune persone o di una persona potrebbero essere di siffatta indole, che il fine sociale ne andrebbe senza dubbio a soffrire, qualora il loro contegno non fosse sottoposto a leggi particolari. Se l'imperante è autorizzato a fare tutto ciò che giustamente può concorrere alla promozione del pubblico bene; se ha il dritto a cagione delle circostanze particolari in cui si trova lo Stato, di pubblicar leggi, le quali, appoggiate a queste speciali situazioni, provvedano al prospero andamento della floridezza sociale, ne consegue che per gli stessi motivi, in forza di queste individuali circostanze che possono esercitare una non indifferente influenza sul fine della società civile, avrà il dritto di stabilire leggi particolari riguardanti alcune persone od una sola persona. Il pratico esercizio di questo dritto per parte della sovranità si manifesta nella forma di privilegio.

Per privilegio, che viene dal latino *priva-lex*, *privata lex*, in senso latissimo, intendiamo quella determinazione dell'imperante, con cui si diparte dalla norma comune e generale della legge riguardo ad una determinata persona *morale* o *fisica*. Preso il privilegio in questo senso latissimo, assume desso il carattere: 1. *Di beneficio di diritto* o *di legge* (*beneficia iuris seu legis*), s'è accordato a tutti i cittadini in conseguenza di alcune determinate posizioni in cui si trovano; 2. *dritto singolare* (*iura singularia*) s'è concesso a certe classi di persone. Esso assume il carattere di *privilegio in senso stretto* s'è accordato a persone individuali; di *dispensa*, s'è concesso ad un individuo per una sola azione; di *privilegio in senso strettissimo*, qualora sia accordato per una serie di azioni della stessa natura. Considerato il privilegio sotto l'aspetto della sua sostanza, ossia del suo tenore, dà luogo ad un'altra sua distinzione, secondo che consiste o nella liberazione da una generale obbligazione, o nella esclusiva concessione di un dritto.

Il privilegio può essere o *favorevole* od *odioso*, secondo che col suo mezzo la condizione della persona privilegiata è resa migliore o peggiore di quella delle altre persone. Ora, comunemente la parola *privilegio* è presa sempre nel primo significato, cioè di favore. Il privilegio avuto riguardo al titolo pel quale viene concesso, si divide inoltre in *gratuito* ed *oneroso*. Il primo dipende da un atto di mera liberalità del sovrano, il secondo è dato in compenso di un servigio prestato, o in correspettivo di analogo pagamento. I privilegi si distinguono pure in *reali* e *personali*, secondo che riguardano prossimamente od una cosa, od una persona. I primi essendo inerenti ad una cosa, passano in tutti coloro che posseggono la cosa stessa, sempre tuttavia pel tempo fissato dall'imperante; i secondi, al contrario, se nella concessione del privilegio non è determinata la durata del medesimo, ces-

sano col cessare della esistenza della persona a cui furono accordati.

I privilegi di qualunque sorte essi siano, vengono concessi dal sovrano nella sua qualità di legislatore. Laonde egli ha il dritto di accordare unicamente i privilegii approvati o voluti dal fine del suo dritto di legislazione; o, in altri termini, è autorizzato a concedere soltanto quei privilegii che sono assolutamente richieati dal conseguimento del fine sociale: questa è l'unica condizione che possa legittimarli agli occhi della ragione giuridica.

Ogni privilegio, sia pure favorevole, gratuito ed oneroso, reale o personale, è sempre rivocabile, poichè tutti i privilegi sono appoggiati a circostanze particolari che li hanno resi necessarii pel fine dello stato, tolte le quali circostanze, cessano di essere utili al medesimo, anzi sono propriamente di ostacolo al conseguimento del detto scopo, e però necessariamente il sovrano deve essere autorizzato a levare siffatti impedimenti, rinvocando per la cessione delle circostanze, alle quali si appoggiano, quelle leggi da cui sono derivati, e quindi con esse gli accordati privilegii. A tale dritto di rivocarli non può essere di ostacolo qualsivoglia clausola aggiunta alle concessione dei medesimi, dovendo ciascuna di siffatte clausole essere intesa sotto la tacita condizione che il privilegio durerà fino a tanto che, dietro il giudizio dell'imperante, non sarà pregiudizievole al fine sociale; perciocchè l'autorità della persona, da cui fu concesso, è limitata a questo stesso fine in conseguenza della legge giuridica riferibilmente allo Stato, sopra la quale si appoggia. Dall'accennato fondamento del diritto di rivocare i privilegii si manifesta la generale condizione giuridina, dalla quale dee dipendere l'esercizio del diritto medesimo: questa condizione è riposta nella incompatibilità de' privilegii stessi col fine della società civile.

Hobbes dietro il principio da lui adottato che il sovrano, come assoluto signore, non può mai essere obbligato verso i sudditi in conseguenza di particolari convenzioni, asserì che il principe è autorizzato a rivocare arbitrariamente qualunque privilegio. Dalle cose già esposte risulta manifestamente la falsità della menzionata opinione. La condizione, da cui dipende l'esercizio del dritto di rivocare gli accordati privilegii, non è già il mero arbitrario, ma bensì la promozione del pubblico bene ed il conseguimento del fine sociale.

Nel caso della rivocazione di un privilegio oneroso la giustizia esige che la persona privilegiata venga risarcita dal danno a lei cagionato dalla rivocazione. Siffatto principio per altro non ha luogo, qualora la rivocazione sia come una specie di pena minacciata già nella stessa concessione, come sarebbe se la persona privilegiata non adempisse le condizioni stabilite nella concessione, oppure se usasse del privilegio oltre i fissati confini, o finalmente se ne usasse a danno dello Stato.

Esposti i principî sopra i quali si appoggia il dritto di legisla-

zione suprema riguardo ai privilegii, esaminiamo col lodato Baroli l'opinione di alcuni scrittori intorno a questo importante argomento.

Alcuni asserirono essere giusta una legge appunto perchè sottopone ad una sola ed identica regola tutti indistintamente i cittadini e tutti affatto gli oggetti. Così, per esempio, si esprime il manoscritto venuto da sant' Elena: *Une loi, qui ne connait point d' exception, est toujours juste.* Ma domandiamo noi, sarebbe giusta quella legge da cui non si facesse veruna differenza in ogni sorta di relazione tra i cittadini minorenni e maggiorenni e da esse venissero tutti egualmente trattati? La retta ragione approverebbe forse quella legge che sottoponesse alle identiche regole egualmente gli affari commerciali come le altre cose giuridiche civili? E non si è forse mai sempre approvata la legge che esonera i testamenti de' militari, fatti durante la guerra, da alcune formalità, o la legge che autorizza un pubblico impiegato, un padre di numerosa famiglia a non accettare una tutela domandata? L'indicata erronea opinione è figlia di una falsa idea formatasi dai detti scrittori circa la giustizia delle leggi positive e la loro generalità.

A noi sembra che si possa con tutta sicurezza asserire essere lecito al Sovrano, richiedendo il conseguimento del fine sociale, di accordare dei privilegii, purchè con essi non leda i dritti altrui, nel qual caso, opponendosi con questo fatto alla legge naturale giuridica, verrebbe in ultima analisi ad opporsi eziandio al vero scopo della società civile. Certamente se, in conseguenza della legge naturale giuridica, o di una legge positiva a di fatti legittimamente avvenuti, alcuno ha acquistato qualche dritto, non è lecito di accordare un privilegio all'obbligato sciogliendolo dalla contratta obbligazione, poichè in questo caso cedendosi ingiustamente i dritti altrui, è impossibile che si effettui il fondamento a cui si appoggia la legittimità del dritto maestatico di concedere privilegii. E come mai la ragione potrebbe approvare il privilegio che accordasse al debitore il dritto di non soddisfare il proprio creditore? Egli è parimente certo che il dritto di concedere privilegi deva essere esercitato in modo da non degenerare in un arbitrio disordinato, in favori ingiusti da meritare il rimprovero d'incostanza. Ma questi sono abusi, e degli abusi propriamente non si occupa il dritto naturale pubblico interno, in quanto esso si limita a considerare se la massima è o non è conforme alla legge naturale giuridica riferita allo stato, non calcolando in questa considerazione la possibilità che venga tratta ad abusi, poichè questa è la condizione di tutto ciò ch'è nelle mani dell'uomo. La dispensa da una legge positiva non è solo permessa, ma eziandio comandata, in tutti que' casi, nei quali cessa il motivo della legge o la sua osservanza sarebbe contraria al fine propostosi dal legislatore nel promulgarla, e quindi allo scopo sociale. In questi casi la legge

naturale giuridica riferita allo Stato non solo concede il dritto, ma fa pure un dovere al Sovrano di accordare un privilegio, ossia di non rendere obbligatoria la preesistente legge per determinati casi e persone. Molti privilegi che a' nostri giorni da non pochi filosofi e pubblicisti vengono rappresentati ed attaccati come ingiusti e funesti, per esempio, i diritti esclusivi per canali eretti, per ponti fabbricati, per macchine introdotte, per strade di una nuova maniera costrutte, ec.; sono sostenuti e prescritti dall' utilità pubblica, quindi approvati dalla legge naturale giuridica riferita agli Stati. Si può dire che l' esperienza quotidianamente conferma l' utilità di siffatti privilegi. E perchè mai vediamo non erigersi dispendiosi stabilimenti tanto utili e necessari al bene pubblico? Perchè si formarono nuove strade, tanto vantaggiose alle relazioni commerciali, perchè si aprirono costose comunicazioni tra fiumi e laghi, tra fiumi e mari, s'introdussero nuovi ritrovati, macchine nuove che costano tante spese e sono tanto utili?

Gli uomini non sono forse eccitati a queste opere grandiose e benefiche per l' umanità dal pensiero di averne per lo meno, durante un certo periodo di tempo, il godimento esclusivo, ed in conseguenza di trovare in esso un compenso alle spese sostenute? I governi soli non sono da tanto di fare tutto ciò che può tornar utile allo Stato; sono costretti ad abbandonare molte cose all'opera de' cittadini, bastando per parte loro che con mezzi legittimi li eccitino ad intraprendere quelle cose che riuscir possono a pubblico vantaggio. Uno di questi mezzi è certamente la concessione di privilegi. A tal uopo il Martignoni (*Principii del dritto di natura e delle genti*) aggiunge opportunamente le applicazioni seguenti : E poichè le ricompense ad i titoli di precedenza e di onore sono stimoli alla virtù civile e mezzi atti a promuovere la pubblica felicità, in quel modo stesso che il terrore dalle pene è freno ai delitti, così è fuori di controversia che la facoltà di concederli è fra le prerogative del supremo potere. Il desiderio di distinguersi e l' amore della gloria sono in fatti così naturali negli animi umani, che grandissimo beneficio verrà a risentirne la civile società, ove il sommo imperante sappia trarne convenevole partito. — Siccome poi i favori dipendenti dalla concessione de'privilegi non sono accordati che in conseguenza del vantaggio pubblico, ossia del conseguimento del fine sociale, così non possono sussistere nè perpetuamente, nè in tutte le circostanze. Laonde se le cause, dalle quali provennero, sono cessate, se le popolazioni ed il commercio crescono, e lo stabilimento privilegiato non è più sufficiente pei bisogni pubblici, il principe non solo è autorizzato, ma anche obbligato a sopprimere od a cambiare od a modificare i concessi privilegi; e qualora il privilegio sia oneroso, lo potrà fare egualmente, volendo il fine sociale, colla condizione per altro di risarcire la persona privilegiata del danno a cui va soggetto in forza di siffatta rivocazione.

Non ostante l'evidenza delle addotte ragioni, molti scrittori moderni si pronunziarono per la proscrizione indistintamente di tutti i privilegi, come se fossero il colmo dell'ingiustizia e dell'arbitrio. Alcuni contra il principio, col quale si stabilisce essere lecito al Sovrano di concedere privilegi, opposero che in questa maniera si stabiliscono fra i sudditi delle leggi non comuni ed ineguali, talchè traendo da esse prossimamente i loro dritti, ne conseguirà che vranno parimente ineguali dritti, laddove a tutti spetta realmente una legittima pretensione ad avere dritti eguali. Quest'ultima asserzione è vera o falsa, secondochè si parla dell' eguaglianza de' sudditi in senso formale o materiale. Il dritto formale di un suddito come tale, osserva l' Egger, consiste nel dritto alla sicurezza della sua giuridica sfera di attività fatta astrazione dagli oggetti in essa contenuti. Questo dritto senza dubbio appartiene ugualmente a tutti i sudditi, giacchè tutti hanno in loro stessi il fondamento legittimo del medesimo, la qualità cioè di cittadino. Il dritto materiale di un suddito è quello al contrario che si riferisce agli oggetti. Circa questo dritto sono così poco uguali i dritti fra loro come lo sono circa all'avere tutti realmente od al poter avere gli stessi oggetti. Nella società civile i dritti materiali innati od acquisiti sono molto più ineguali fra gli uomini di quello che nello stato estrasociale. La concessione pertanto di un privilegio, resa necessaria da alcune circostanze particolari, riferendosi ad alcuni speciali oggetti, non lede in alcuna guisa quella eguaglianza, alla quale nello Stato hanno dritto tutti i sudditi, come tali.

Vi furono scrittori che declamarono contra i privilegi in conseguenza della falsa nozione formatasi dai medesimi. Essi sono, diceva, per esempio, Sieyes, o la *dispensa* da una legge che obbliga *ciascuno*, od un *dritto esclusivo*, od un vantaggio *appartenente a ciascuno*; quindi nell'uno e nell' altro caso sono ingiusti ed odiosi. Questa doppia supposizione, osserva l'Haller, è falsa, ed il vizio di questo dilemma consiste nell' attribuire alle leggi umane un carattere spettante soltanto alla legge naturale. Di più, non si dà ad una persona un dritto esclusivo sopra cose appartenenti a tutti gli uomini, per esempio, sulla vita, sulla proprietà, sull'onore, sulla libertà, ma solamente sopra vantaggi, ai quali niuno ha acquisito un dritto, nè lo può acquistare senza l'assenso di colui ch'è autorizzato ad accordarlo, il quale può concederlo, o rifiutarlo secondochè è giovevole o contrario al conseguimento del fine sociale. Egli è alla giustizia e non già ad un favore che ogni suddito ha un eguale dritto. Concedere adunque un favore non è un permettere ad alcuno di far torto o di ledere un altro.

Altri scrittori poi, mentre convennero nella massima che al Sovrano appartenga il dritto di concedere privilegi ai proprî sudditi, posero in vece in dubbio il suo dritto di far simili concessioni ai forestieri. All' imperante compete la facoltà eziandio circa gli stranieri, perciocchè essendo egli autorizzato ad escludere o ad am-

mettere i forestieri ai dritti di cittadinanza, lo è pure ad accordare loro distinzioni e prerogative, quando ciò sia realmente voluto dal fine sociale.

LEGITTIMA. È una porzione che la legge accorda ad alcuni prossimi parenti nell'eredità che questi avrebbero per intiero raccolta senza gli atti di ultima volontà emanati dal defunto. Essa è un rimedio introdotto contra le indiscrete liberalità che danneggiano i più vicini congiunti di sangue; è una legge che premunisce contra le offese ai vincoli di natura.

I prischi Romani invasati dalla febbre di comandare vollero soddisfare a questa insaziabile brama anche dopo morte; ond' è che nelle leggi delle dodici Tavole si sanzionò la piena libertà di capricciosamente disporre per testamento del proprio intero patrimonio, posponendo i consanguinei agli stranieri: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*: facoltà troppo lata, legge oltraggiosa alla natura, ma necessariamente derivante dal principio di dare ai padri assoluto potere fino sulla vita de' figli. Ma ben presto la ferocia romana fu temperata per le stesse conquiste, le quali fecero accostare ad altre popolazioni i superbi nipoti di Quirino; e questi eccessi di potere furono ristretti ne' limiti della giustizia e della ragione. Il dritto di vita e di morte fu ridotto ad una semplice correzione, ad un castigo moderato e si sottomise ad un supremo tribunale l' uso che il padre faceva della sua facoltà di testare. Quando egli ne aveva abusato, quando temerariamente aveva lanciato la folgore della diseredazione, si riguardava il suo testamento come l' effetto di una cieca passione, e come l'opera di una alienazione di mente; e si permetteva ai figli d'impugnarlo colla querela d'inofficiosità. Tale querela era un'azione *in rem*, colla quale impetravasi la rescissione del testamento inofficioso, come fatto *contra pietatis officia*, *qua quis petit testamentum tamquam inofficiosum rescindi et se haeredem declarari*, *sibique haereditatem restitui* (Voet, *Pandect.*, lib. V, tit. 2, n. 3. Vedi *inofficioso testamento*). Diventando queste querele eccessivamente frequenti, si cercò il mezzo di diminuirle; e siccome erasi accordato agli eredi estranei il beneficio della falcidia e della trebellianica, si credette dover dare ancora a' figli una certa quota de' beni del loro padre, la quale fosse indipendente dalla sua volontà.

Giustiniano, colla Novella 18, cap. 1, stabilì una porzione invariabile legittima colle seguenti norme: Se i figliuoli, di qualunque sesso, fossero quattro o meno, la legittima loro spettante era il terzo dei beni; talchè se eravi un solo figlio, ei raccoglieva tutto il terzo; se erano più questo terzo dividevasi fra loro in eguali parti. Se i figli erano cinque o più, la porzione legittima era la metà divisibile fra loro. I figli del primo grado la ripartivano in porzioni eguali: se alcuni fra loro, essendo premorti, avessero lasciati discendenti, questi in concorso de' primi (loro zii) rappresentando

il loro genitore venivano a riscuotere la quota che sarebbe ad esso toccata. Così via via i discendenti di ciascun figliuolo, anche in gradi più lontani, raccoglievano la legittima dalla legge costituita al padre loro.

Allorchè Giustiniano colla citata Novella 18 ha posto discipline sulla legittima dovuta ai discendenti, non vi comprese espressamente quella degli ascendenti. Era adunque a dubitarsi se ad essi potesse competere, attesochè godevano anche della querela d'inofficioso testamento, e con quale misura si dovesse loro assegnare. L'uso ed il parere de' giuristi decisero che anche agli ascendenti appartenesse la legittima e nella quota di un terzo (Domat, lib. III, tit. 3, sez. II, n. 6). Cuiacio ed altri che generalmente seguirono questa opinione, furono di avviso essere estendibile la legittima ai collaterali per quelle parole che leggonsi in fine del capo primo della citata Novella 18: *Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* E poi di fatto che nel Digesto leggonsi parecchie leggi, le quali investono i fratelli dell'azione d'inofficiosità, qualora il defunto non abbia lasciato loro la quarta parte legale (Vedi Domat, *loco citato*, Einecio, *Pand.*, parte I, lib. V, tit. 2, § 49 e seg.).

Premesse queste nozioni generiche, importa non poco che passiamo ad esaminare la natura della legittima.

La legittima è una porzione di eredità; ovvero una porzione dei beni del defunto. L'eredità è la successione in ogni dritto e peso che apparteneva al defunto; i beni sono l'attivo, soddisfatti i pesi.

Domat definisce la legittima *una porzione dell'eredità* (lib. III, tit. 3, sez. I, n. 1). Il Fabro all' opposto dice *che la legittima non è una porzione di eredità, ma di beni* (lib. III, tit. 19; *De inoff. test.*, def. 4) e lo stesso autore dice altrove *quum legitima non sit quota haereditatis sed bonorum*. Dell'avviso del Fabro sono pure il Voet, il Fachineo, il Mantica, Merlin, il Richeri, l'Einecio, il quale la denomina *pars bonorum lege definita*, ed altri. Sebbene, a dir vero, Einecio, proseguendo, dice della legittima *ea initio fuit quarta portionis ab intestato debitae* (*Pandect.*, parte II, lib. V, tit. 2, § 49); colla quale espressione si allontanerebbe alquanto dalla primitiva; e nelle Instituzioni poi si allontanerebbe intieramente, poichè definisce la legittima *portio haereditatis ex praescriptione legum certis personis relinquenda* (lib. II, tit. 13, § 527).

L'opinione che la legittima sia una quota di beni, non dell'eredità, è fiancheggiata dalla leg. 6, cod. *De inoff. test.*; dalla l. 5, cod. *De inoff. don.*; e dalla Novella 18, cap. 1, la quale determina la legittima ad una certa quota non dell' eredità, ma della sostanza propria del defunto, *propriae substantiae*. Anche la l. 8, § 9, Dig. *De inoff. test.*, ordinava di detrarre dalla legittima, ivi appellata *quarta*, tutti i debiti e le spese funerali. Per lo che,

se sotto la denominazione *di beni* si comprende tutto ciò che in una eredità resta espurgato da debiti, sopra questa sostanza netta sarà commisurata e levata la legittima, non già sull'intero asse ereditario gravato dai pesi ad essi inerenti. Una eredità può recar pregiudizio a chi la raccoglie in tutto od in parte; i beni in vece non mai: *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt*; *beare est prodesse* (l. 49, Dig. *De verb. signif.*).

Da ciò dee inferirsi che niuna azione potrebbesi per parte di un creditore del defunto esercitare sopra il patrimonio proprio di chi ricevette la legittima, mancando in questo la qualità di erede. Questo legittimario non sarebbe per tali debiti tenuto al di là del valore dei beni per legittima aggiudicatigli. Egli è obbligato a restituire solamente quel tanto che andava diffalcato nella computazione della legittima.

Noi pure accederemo al giudizio di coloro che reputano la legittima, non già un dritto ad una quota ereditaria, ma un debito della sostanza purificata da ogni peso della successione, cioè crederemo consistere la legittima in una determinata porzione dei beni lasciata dal defunto. E per verità, se fosse altrimenti la legittima introdotta a solo beneficio de' parenti obliterati nel testamento si rivolgerebbe a danno loro, qualora fossero addossate ai legittimarii le obbligazioni di eredi; il che ripugna alla notissima legge: *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus utilitatem* (l. 25, Dig. *De legib.*) Nè avrebbe la l. 14, cod. *De rei vind.*, statuito che quando il padre avesse alienato senza giusta cagione un fondo pertinente al figlio, sarà in arbitrio di quest' ultimo istituito nella sola legittima il ricuperarlo; la qual cosa non comporterebbesi laddove venisse da lui conseguito la legittima colle vista di erede, per la ragione che non è lecito all'erede, l'impugnare il fatto del suo autore (*Vedi* Gottofredo, ivi). *Filius non potest venire contra factum defuncti* (Cravetta, *ivi*). Nè osta al nostro principio che talora venga conferita col titolo di erede la legittima; una denominazione di onore non può mutare l'essenza di una cosa; oltrecchè essendo scritti di ordinario in simili casi, altri eredi in tutto od in parte, il legittimario istituito in una determinata cosa o somma dea riguardarsi qual semplice legatario (Voet, *Pand.* lib: V. tit. 2, n. 66).

Dall' essere la legittima una porzione dai beni dovuti *ab intestato* ne procede la inutilità dell'adizione. L'eredità, che è una rappresentazione ampla della persona del defunto, deve essere accettata; la legittima ch'è un debito, non già. Questo possesso legale, che passa di pieno dritto dalla persona del defunto in quella dell'erede consanguineo, non ha luogo in favore del figlio ridotto alla sola legittima. Così il Fabro nel suo codice *De inoff. test.*, def. 4. Per lo che coloro a cui spetta la legittima debbono chie-

derna il rilascio all'erede; questi soltanto è di dritto immesso nel possesso della eredità, potendo esercitare l'azione *De petitione haereditatis*. Tale azione non compete al legittimario, ma solamente l'azione *condictio ex lege*, sotto la quale cadono tutte le azioni personali, per le quali ci è dato di ripetere una cosa. Si chiama *condictio ex lege*, ovvero *condictitio lex*, *quoties ex constitutionibus actio datur, neque tamen nomen actioni imponitur* (Calvino., *Lexicon*). Tutti convengono che l'azione del legittimario sia personale *in rem scripta* e che possa proporsi contra un terzo possessore.

Dalle cose dette risulta che colui al quale spetta la legittima, sia a lui stata assegnata in tutto, sia in parte nel testamento, onde ottenerla dovrà farne domanda all'erede colla ridetta *condictione ex lege*; ed in secondo luogo si deduce, essendo la legittima un debito, che non è mestieri assumere la qualità di erede per fare tale inchiesta (Novell. 92, l. 30, cod., lib. III, tit. 28).

Il Sabelli poi coll'avviso del Graziano e del Menochio dice che « potest tamen per partem relinqui in una re particulari (legiti- » ma) ac etiam in pecunia haereditaria, quam filius recusare non » poterit (Summ. divers. tract., § Legitima).

Per conseguire la legittima, quegli cui appartiene dee innanzi tutto fare istanza, onde sia determinata, e si determina riconoscendo e descrivendo il patrimonio del defunto stimandolo, dividendolo tra gli eredi ed i legittimari. Ove siasi trascurato l'inventario della sostanza lasciata, si può supplirvi con una investigazione per pubblica fama sulla sostanza anzidetta: « Quod licet scriptura non » probetur, aliis tamen rationibus doceri nihil impedit » (l. 5, cod. Famil. ercisc.), ovvero col cercare l'esibizione de' libri e carte dell'eredità.

A prima giunta sembra opporsi a quest'ultimo spediente la massima che *nemo tenetur edere contra se*; giacchè sta all'attore il dimostrare che cosa domanda, ed il comprovarla senza forzare il suo avversario a somministrargli le prove; tuttavia non si può contrastare che non siavi una sorta di comunione tra l'erede ed il legittimario riguardo ai titoli del defunto, posciachè è la legittima una rata di tutto ciò che trovasi nella successione. Su di che, come insegnano i dottori, giova osservare che l'azione « *ad exhibendum* preparatoria comunemente *ad rei vendicationem*, *ut explorari possit an nostra sit*, e che ci dà contro colui che possede *vel dolo desiit*, *possidere*, o per riavere la scrittura di obbligo, debito *exsoluto*, si usa anche in altri casi a norma delle circostanze. « Potest enim dari actio ad exhibendum ex variis » aliis causis, quae nihil cum vindicatione commune habeant » (l. 3, §§ 1, 10, ed altri, Dig. *Ad exhib.*). Dalla lettura in fatti di questa legge dalle illustrazioni del Gottofredo si argomenta confondersi talora l'azione *de edendo*, che consiste nel dare altrui la copia di un atto, colla legge *ad exhibendum*, attesochè posso

farmelo produrre allorchè io vanti su di essi una qualche ragione: » Nam cum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est » (l. 3 sopraccit. al § 14). Scriptura chartae cedit », aggiunge il Gottofredo. E la stessa legge (ivi) dice: « Interdum aequitas » exibitionis efficit ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in » factum tamen actio detur ».

Stabilita la misura della legittima, *quum tempus mortis in legitima ineunda spectetur* (Richeri, Instit., § 2907), quegli, al quale appartiene, ne chiede la consegna; giacchè, come dicemmo, non è di questa trasferito il possesso di dritto. La legittima non è già un credito ipotecario per sè stessa, dappoichè l'ipoteca o è fondata sopra una convenzione o sopra una legge; nè alcuna legge romana dichiarò potersi esigere coll'azione ipotecaria a meno che non fosse disposta la legittima per legato; poichè in tal caso compete ai legatari l'ipoteca tacita sopra i beni del testatore: *Tacita hypotheca in bonis testatoris legatarius competit* (l. 1, cod. *De leg.*). Le recenti legislazioni francese ed austriaca neppur esse attribuiscono alla porzione legittima il gius ipotecario.

La legittima poi va soddisfatta dagli eredi, ai quali pervenne l'eredità gravata di questo peso, anzi essendo essa una porzione de' beni si può agire per conseguirla contra i possessori eziandio di cosa singolare di questa ragione, quasi esercitando un' azione (vindicatoria) di ricupera (l. 25, Dig. *De obl. et act.*; Fabro, cod., lib. III, tit. 29, def. 32). In quest'ultimo caso, qualora non si cerchi pagamento nei beni provenienti dall' eredità, ma bensì si chiegga a questo terzo possessore la legittima in danaro è necessario l'avere prima fatta precedere la discussione (*excussio*) giuridica a carico dell'erede anzidetto (Fabro, cod., lib. III, tit. 19; def. 32, n. 3). Questa legittima non si poteva chiedere nè offrire sopra una cosa particolare e più piacente: « Sed arbitrio iudicis » et de iure est debita ex singulis de rebus (Merlino, De legit.). » Il Richeri così si esprime: Quum legitima sit pars bonorum, consequens est, praecisa lege municipali, quae aliud statuat, eam » in corporibus bonorum solvendam esse, et quidem ex singulis, » si stricta iuris ratio inspiciatur, quum ex singulis debita sit: » sed quia nimis incommoda omnibus esset haec tam subtilis divisio, idcirco receptum est, ut boni viri arbitrio certa bonorum » portio legitimario detur, nec ex praetiosioribus, nec vilioribus, » sed ex mediocribus (Instit., § 2951, vol. III).

L'azione poi per pagamento di legittima, quando non sia questa assicurata con ipoteca, si esercita contra ciascun erede per la sua parte, non sia solidariamente. Così fu giudicato anche dall'antico parlamento di Digione. (Vedi Repertorio di Merlin, alla voce *Légitime*, sez. X.). Direbbesi tale azione tener quasi della natura di quella del credito per residuo prezzo di un immobile venduto, e ciascun erede figurare per compratore della quota del legittimario.

Ecco ciò che al proposito dice Pothier: Se il legittimario soffre evizione di qualcuna delle cose toccategli nella sua porzione, non avendo, col mezzo di questa conveozione, la sua legittima completa, egli ha regresso contro del donatario sopra i beni che gli sono rimasti, e sussidiariamente sopra il donatario precedente, per ripetere il valore della cosa che gli è stata evitta: egli però non la ripeterà che sotto la deduzione di una parte simile a quella ch'egli aveva dritto di prendere per la sua legittima nella massa che formasi per fare la fissazione. E qui avvertasi che in fatto di debiti attivi (crediti) la garanzia, ove non siavi patto diverso, si restringa alla veracità e legittimità e nulla più (l. 77, § 18, Dig. *De legatis* 2).

Essendo la legittima una quota che ci perviene per successione intestata, le cause ch'escludono da questa ci privano di quella, fra le quali la diseredazione, l'indegnità, la rinuncia. Non si rinuncia tacitamente alla legittima, ove non fosse a questa espressione rinunciato od almeno alla successione della quale doveva prendersi.

La Rota romana decide ed i giureconsulti opinarono non potersi ripudiare la legittima a discapito de'creditori, essendo dovuta « etiam absque nulla aditione vel petitione, tamquam ius quaesi» tum et non quaerendum ». Può quindi domandarla il creditore del legittimario.

Abbiamo sopra accennato essere la legittima una porzione di beni, detratti tutti i beni. Ora crediamo coll'autorità de'legisti di aggiungere che i legati disposti dal testatore anche *ad pias causas* non si considerano tra i debiti da soddisfarsi avanti la formazione della legittima. « Quod regulariter non minuatur legitima ex legatis, » sed ante illa sit detraheoda (Sabelli, Summa divers. tract., § » Legitima, numero 26). Il codice austriaco seguì tale principio » (§ 786).

Compiuta che sia formalmente la legittima, qualunque accrescimento accada nell'asse ereditario dopo la morte del padre, essa non si accresce, purchè però la cagione pell'accrescimento non preesistesse, come nel caso che un debitore non solvibile vivente il testatore venisse a pagare dopo la morte di questi (l. 43, 56, Dig. *Ad leg. Falc.*). Similmente la legittima non si diminuisce per lo scemamento del patrimonio. Sarebbe a dirsi diversamente quando fosse occorsa una transazione (Fabro, cod. lib. III, tit. 19, def. 35); ovvero quando non fosse stata liquidata la legittima: « Sed » ante haec computationem bona haereditaria augent, cuius por» tio legitimariis debetur (l. 8, §§ 6. 8, e seg. Dig. De peric. et » comm. rei vend.). La ragione poi per la quale torna l'anzidetto aumento o decremento a profitto od a scapito del legittimario è che questi si approssima alla natura dell'erede piuttosto che a quella di legatario, « cum ipsi portio bonorum debeatur » (Richeri, tomo III, lib. II, tit. 38, § 1912).

E per la stessa ragione aumentandosi coi frutti l'ereditaria indivisa sostanza, debbonsi al creditore in tutto od in parte della legittima i frutti dal dì della morte di chi la deve, o, se postumo il legittimario, dal dì della sua nascita; per ciò che, siccome insegnano i giuristi, la legittima tiene le veci degli alimenti. Ed altro ammaestramento questi stessi ci danno che in certi casi tali frutti si presumono tacitamente rimessi, come in quello di un legittimario che convive ed è mantenuto dall'erede universale. Generalmente però sta la regola « in dubio nec donato nec iuris remissio praesumitur » (l. 25, Dig. lib. XII, tit. 6).

L'azione alla legittima è prescrittibile entro trenta anni esercitandosi contra l'erede, il legatario o donatario; poichè in tal caso è azione personale: non già contra i terzi possessori della sostanza obbligata al pagamento della legittima, a fronte dei quali prescrivevali in dieci anni tra presenti, in venti tra assenti.

Finalmente osserveremo che la legge civile, seguendo quella di natura, considerò nella legittima un bene proprio quasi di coloro cui compete e quindi, in virtù del principio giuridico « nemo rei alienae legem dicere potest », ne viene la proibizione di diminuire in qualsiasi gaisa di legittima, di farla dipendere da una condizione, di ritardala di aggravarla menomamente. Tutto ciò sta raccolto nella legge 32, cod. « De inofficioso testam. ed è ritenuto » anche dalle nostre leggi. *Legitima*, dice il Richeri, respuit omne onus, adeoque modum, conditionem, atque onus pro non scripto habetur, nisi pater ultra legitimam relinquerit; in eo enim quod legitimam excedit, onus sustinetur, sed haeres, qui excessum allegat, quum res facti sit, probare tenetur » (Inst., tomo III, pag. 106, § 2941). Veggasi inoltre Voet ad lib. V, tit. 2, n. 63.

Legittima secondo i codici francesi ed austriaci.

In luogo della legittima il codice francese ha instituita la *riserva*, la quale consiste in quella quota di beni destinata a certi indicati eredi, a della quale essi non possono venir privati. Le liberalità per atto tra vivi o di ultima volontà non possono oltrepassare la misura stabilita dalla legge. La rimanente sostanza non obbligata chiamasi *porzione disponibile* (art. 913, 915, 916). Il codice austriaco si attenne all'antica denominazione di *legittima* chiamando con questo nome quella *porzione di eredità*, alla quale hanno dritto le persone dal codice stesso dinotate, ogni volta che avvenga per queste persone la successione *ab intestato*. La persona cui era per legge dovuta una quota e che sia stata per dichiarazione di ultima volontà pregiudicata può invocare la disposizione di legge e domandare la legittima. E l'uno e l'altro dei nominati codici riservano questa porzione ai discendenti ed agli ascendenti (cod. franc., art. 913, 715).

Il codice francese assegna per riserva ai figli la metà dei beni del disponente, quando questi non lasci che un figlio legittimo; due terzi se lascia due figli; tre quarti se ne lascia tre o un numero maggiore (art. 913). Per figli poi s' intendono i discendenti di qualsiasi grado, ma contano soltanto per colui che rappresentano. Così prescrive l'art. 914 di detto codice francese.

Il codice austriaco costituisce per legittima a ciascuno de' figli la metà di quello che sarebbe loro pervenuto nella successione intestata; dimanierachè se siavi un figlio unico, la legittima è la metà, e se ve ne fossero più, è la metà parimente. Secondo il codice francese (art. 916) non vi è legittima pel coniuge; secondo l'austriaco il coniuge non ha dritto alla legittima ma bensì ad un mantenimento conveniente di cui abbisognasse.

Se in mancanza di figli il defunto lascia superstiti o più ascendenti in ciascuna linea paterna e materna, la riserva del codice francese è la metà, ed i tre quarti se non lascia ascendenti che è in una linea sola (articolo 915). Il codice austriaco in linea ascendentale assegna per legittima di ciascun erede necessario la terza parte della porzione devoluta *ab intestato*, legittima che ha luogo solamente mancando discendenti. Per altro se sono vivi ambo i genitori, siccome dividono tutto l' asse, così tocca ad ognuno di loro a titolo di legittima due duodecimi. Se uno dei due genitori è premorto, nel caso che abbia lasciato discendenti, ai quali non competa la legittima nel patrimonio di cui trattasi, non si devolve già la porzione dei due duodecimi appartenentigli nè ai medesimi di lui figli, nè al coniuge superstite, ma ricade nella massa; perciocchè la legge ordina che ciascun erede nella linea ascendentale abbia la legittima nel terzo della quota che a lui spetterebbe nella successione intestata. Laonde, se uno dei genitori è morto senza prole, devolvendosi tutta l'eredità del figlio premorto all' altro genitore superstite, a questi per legittima competono quattro dodicesimi e per nulla vi hanno parte gli ascendenti del premorto genitore.

Egualmente siccome pel codice austriaco, nella successione intestata è dovuto al coniuge superstite d'altro coniuge morto senza figli, la quarta parte dell'eredità in pieno dominio; e siccome dispone che la legittima di ciascun erede necessario in linea ascendentale sia la terza parte di ciò che conseguirebbe nel caso di successione intestata, così sembra potersi affermare che essendo di obbligo questa detrazione del quarto, la legittima degli ascendenti in questo ultimo caso sarà il terzo di quanto rimane, detratto il quarto assegnato dalla legge al coniuge predetto; onde la legittima dei genitori sarebbe costituita dal terzo dei tre quarti residui del quarto devoluto al coniuge superstite.

Per dilucidazione di ciò poniamo alcuni esempi: Caio muore senza prole: lascia Pietro a Giulia genitori. La successione intestata di Caio composta di oncie dodici si divide in eguali por-

zioni tra essi Pietro e Giulia ; cioè tocca loro sei oncie per ciascuno. La legittima, ch'è il terzo, sarà di oncie due per Pietro e due per Giulia.

Ma Giulia (o Pietro) era già morta all'istante che trapassò Caio. Lasciò Giulia dei discendenti : questi raccolgono le oncie sei sopraddette per disposizione del codice austriaco. Restano dunque a Pietro per successione intestata di Caio ancora le oncie sei; onde la legittima continua ad essere di oncie due.

Se Giulia lascia ascendenti, nulla essi conseguono dall' eredità di Caio ; non si passa ad altra linea se non nel caso che sia estinto ogni stipite in quella linea, come si deduce dalle disposizioni del codice austriaco. La quota, scrive lo Zeiller al § 740, n. 1, spettante ad uno stipite rimane in esso finchè ne esiste un ramo: sol quando egli sia del tutto estinto , la quota si devolve all' altro stipite.

Che se Giulia non lascia discendenti di sorta , cioè di nessun letto, l'eredità tutta di Caio si devolve a Pietro; onde in tale ipotesi la legittima di Pietro nella sostanza di Caio è del terzo dell' intero asse , cioè di oncia quattro.

Finalmente se Caio avesse, oltre i genitori, lasciato un coniuge, appartenendo a quest' ultimo il quarto dell' asse ereditario in proprietà, non solo nell' usufrutto come nel caso che Caio avesse lasciato figli , allora i genitori anzidetti Giulia e Pietro non otterrebbero per successione intestata che i tre quarti dell'asse di Caio, cioè oncie nove complessivamente , quattro e mezza per ciascheduno ; e quindi a norma de'casi suddivisati si minorerebbe e regolerebbe la legittima.

Quando poi premuoiono a Caio i genitori suoi Giulia e Pietro, passando l' eredità alla terza linea e dividendosi essa eredità intestata per eguali porzioni tra gli avi superstiti di ciascun lato , allora compete a questi avi paterni e materni la legittima anche nelle nuove misure che saranno per risultare dall'applicazione delle disposizioni del codice austriaco. Lo stesso dicasi rispetto alle successive linee ascendentali.

A differenza delle sopraccennate prescrizioni del romano dritto in proposito di legittima da quello considerata non porzione di eredità, ma debito ossia porzioni di beni netti, il codice austriaco sembra per alcuni oggetti riguardarla piuttosto porzioni di eredità, sotto qualunque denominazione venga lasciata. — Vedi lo Zeillier ai §§ 767 e 774 del codice civile austriaco.

Dal che derivò la perdita della legittima pronunciata dallo stesso codice contra chi rinuncia alla eredità, ovvero sia privato del diritto di successione a tenore del codice austriaco, la cui capacità si determina all' aprirsi di essa successione , o sia diseredato per giusta causa. Ed in fatto havvi tutta la analogia fra il dritto alla legittima ed il dritto successione. Nel sistema più ricevuto dalla giurisprudenza romana che separa la qualità di erede da quella di legitti-

mario, è vero che avvenuta la morte di chi dee la legittima, questa si disgiunge dalla eredità e diventa cosa affatto diversa; ma non ne seguita però che possa pretendere la legittima il figlio fatto incapace alla successione avanti che sia scaduta la legittima. Dessa non è in fine che una porzione di quanto avrebbesi raccolto per eredità intestata: è un debito da pagarsi colla successione medesima. Ora se questa vien meno, non si può nulla chiedere; poichè la parte suppone un tutto, e questo tutto, ch' è la successione, nella ipotesi nostra non avrebbe esistito. Pel legittimario, incapace prima che scada l'eredità, questa non esiste, e quindi concludesi non avervi legittima per chi non ha dritto alla successione.

Si noti qui di passaggio che, giusta il parere de' più riputati giureconsulti, per legge di natura hanno bensì i figliuoli sulla sostanza paterna un dritto agli alimenti in corrispondenza del bisogno, ma non già al conseguimento di una porzione de' beni del padre dopo la morte sua. Al gius naturale degli alimenti, come si disse da principio, venne sostituita nello stato sociale la quota legittima che, diventa per ciò una positiva instituzione. Essa, secondochè opinano valenti giuristi, non attribuisce una ragione diretta sul patrimonio de' genitori, ma introdusse una limitazione alla facoltà, di testare. La legge naturale, dice Montesquieu, comanda ai padri di alimentare i figli loro, ma essa non obbliga di farli eredi il dare ad essi la propria successione è un obbligo di dritto civile o politico (*Esprit des lois*, lib. XXVI, cap. 6). E lo Strichio dice: *Legitimam ex mero iure positivo est* (*Pand.*, lib. V, tit. 2, *De inoff. test.*, § 17). La legittima in fatti non ha altro di comune col gius di natura se non in quanto comprende in sè gli alimenti; poichè havvi la obbligazione naturale fra i figli e genitori di prestarli; e quindi la legittima presa materialmente è di dritto di natura; ma la sua determinazione e quantità è soltanto di dritto civile.

Il codice francese, come si disse, alla legittima sostituì la riserva. Esso abbandonata la distribuzione che a ciascun figlio faceva personalmente la legge romana a titolo di legittima per opera di colui, in favore del quale era instituito il testamento, stabilì una quota disponibile; onde ne venne una non disponibile denominata riserva ai discendenti ed ascendenti. Allorchè eranvi eredi cui aspettasse la riserva, i beni tutti del testatore divenivano un tutto divisibile in due quote. La misura di queste veniva dal numero de' figli o degli ascendenti vivi all' atto della morte del disponente (cod. franc., art. 913, 915), senza riguardo veruno alla rinuncia che alcuno di essi potesse fare. Tutti questi eredi sono cumulativamente posti *ipso iure* in possesso della porzione non disponibile che il loro numero avrà determinato: questa non può più variare. La rinuncia adunque di uno degli eredi porta accresci-

mento alla legittima, ossia alla parte dalla legge loro riservata. Ciò è statuito letteralmente all'articolo 786 del codice francese.

La legislazione austriaca in fatto di legittima ha un istituto affatto proprio, ed è la potestà attribuita al testatore di privare di essa legittima l'erede necessario nel caso che trovisi aggravato oltre modo di debiti, o che sia prodigo; ma a condizione di conferirla a' figli suoi. Questo motivo di diseredazione dovrebbe dall'erede provarsi, laddove venisse impugnato, ed il giudice dovrebbe decidere sulla sussistenza di enormi debiti e dello scialacquamento, avuto riguardo allo stato ed a' bisogni del diseredato; e quindi o tener ferma la esclusione dalla legittima od accordarla. Il codice francese per preservare possibilmente la sostanza in famiglia permetteva a' genitori di lasciare la parte disponibile a' figli con obbligo di restituirla a' figli loro nati o da nascere; a non avendo figli potevasi instituire tale fedecommesso di primo grado a pro de' nipoti.

Si può privare della legittima l'erede necessario per alcuni tra i fatti che lo rendono indegno del dritto di succedere; per offese gravi al defunto od alle persone più strettamente a lui attinenti; per avere direttamente od indirettamente circoscritta con violenza o dolo la sua volontà; ma pare non potersi torre la legittima per motivo di adulterio od incesto, nè per avere senza permissione abbandonata la patria od il militare servigio. Per tali cause si potrà bensì diventare incapaci alla successione, ma, ad onta delle suesposte dottrine che vi si opporrebbero, giusta il codice austriaco, parrebbe non potersi per tali cagioni spogliare della legittima a cui si abbia dritto; questo principio è bastevolmente preciso, nè è lecito dilatare l'applicazione di una legge odiosa. Laonde è a dirsi che l'altra disposizione del codice austriaco dichiarando che *non ha dritto alla legittima chi è privato del dritto di successione secondo le disposizioni contenute nel capitolo ottavo* (parte seconda), non potrebbe, secondo l'esposta opinione, somministrar pretesto ad un testatore di sprovvedere della legittima chi vi ha dritto per motivi somiglianti agli espressi.

Il codice austriaco apre una via all'erede necessario ingiustamente diseredato di domandare l'intiera legittima.

Il legislatore austriaco certamente colla mira di contenere gli uomini nella via della morale largheggiò alquanto nel concedere la facoltà di torre la legittima, quasi stimolo al ben fare per coloro che sono sottoposti a tale vicenda; per ciò investì i medesimi figliuoli del potere di spogliarne perfino i genitori, specialmente nel caso che avessero trascurato la loro educazione. I legislatori francesi al contrario negarono al testatore il dritto di escludere per qualsiasi ragione dalla quota riservata a coloro cui apparteneva: fu possente sull'animo di que' legislatori la considerazione che bene spesso la facoltà di diseredare si esercita per fini odiosi e che cagiona funesti scismi ne' casati; e giunsero perfino ad abo-

lire la diseredazione fatta *bona mente* diretta a preservare il patrimonio de' prodighi a' figli loro, ordinando in vece i fedecommessi di primo grado a favore de'nipoti o de'figli de'fratelli, come sopra abbiamo accennato (cod. franc., art. 1048, 1049).

La legge austriaca, per risparmiare al testatore il rammarico di pubblicare i motivi che lo indussero alla diseredazione di un erede necessario, permette che si taciano; e per fino che possa provarsi che il preterito fu in fatto diseredato, perchè sussistono le cause di diseredazione.

In generale poi la preterizione nel testamento di uno tra più figli noti, dà dritto alla sola legittima. A questa sola egualmente ha dritto l'erede necessario in linea ascendentale stato preterito.

I discendenti del figlio diseredato *espressamente* hanno dritto alla sola legittima, quando il diseredato sia premorto al testatore; ma, giusta la opinione dello Zeiller, quando la diseredazione fosse ingiusta, la possono eglino impugnare nella loro qualità di eredi testamentari o legittimari del diseredato.

Dal principio della legge austriaca che la legittima sia una quota ereditaria sembra derivato l'argomento, il quale dichiara che tanto gli eredi instituiti, quanto i legatari contribuiscono *pro rata* quanto occorre per soddisfarvi (*alla legittima*) pienamente. Lo Zeiller, pensa che non sempre debbano i legatari concorrere al pagamento della legittima. Forse non avvisò abbastanza la differenza delle legislazioni che considerano la legittima *porzione ereditaria* da quella che la riguardano per *debito*.

Il dritto di esigere la legittima secondo il codice austriaco si prescrive in tre anni.

Riguardo al modo di conferire nella porzione legittima ciò che i figli hanno ricevuto dal genitore mentre visse.—Veggasi l'articolo *collazione*.

LEGITTIMAZIONE. È una finzione della legge che cancella il vizio della nascita di un figlio illegittimo e lo mette nel novero de' figli legittimi.

Gl'imperatori romani immaginarono parecchi mezzi onde trarre gl' illegittimi dallo stato in cui la macchia della loro origine li aveva ridotti: i testi del dritto civile ce ne offrono sei che noi analizzeremo e discuteremo successivamente.

Legittimazione per oblationem curiae, *per adozione*, *per testamento*, *e per riconoscimento del padre*. Gli imperatori Teodosio e Valentiniano colpiti dalle difficoltà che sperimentavano i municipî nel procurarsi de'decurioni, vale a dire degli uffiziali incaricati dell'amministrazione delle redite comunali e della percezione delle gabelle municipali, ordinarono colla l. 3, cod. *de naturalibus liberis*, che chiunque facesse entrare i suoi figli naturali nella classe de'decurioni di una città se fossero maschi o che li maritasse con decurioni, se fossero femmine, imprimerebbero loro con questo solo atto la qua-

lità di legittimi. Gl' imperatori Leone ed Antemio confermarono questo modo di legittimazione colla legge 4 dello stesso titolo; e Giustiniano determinò, nella sua Novella 89, in qual modo l' *offerta alla curia* doveva farsi; ciò era o in un assemblea del popolo o con atto passato in giudizio o con testamento. In quest'ultimo caso, l' illegittimo non diveniva legittimo che dopo di aver prestato il suo consenso alla esecuzione delle ultime volontà di suo padre.

Il figlio poteva altresì legittimarsi egli stesso entrando di suo proprio moto in curia; ma, per ciò fare, bisognava che suo padre non avesse figli legittimi; laddove quando il padre faceva da sè stesso l'*oblazione*, l' esistenza di altri figli nati da un matrimonio legale non frapponeva veruno ostacolo alla legittimazione. Questa differenza, dettata dalla giustizia e dalla equità, era stabilita nel capitolo 2 della Novella 89.

I figli legittimati in tal guisa non godevano però de' medesimi vantaggi come se fossero nati da una unione approvata dalle leggi: dessi non erano considerati legittimi che a riguardo del loro padre; non potevano pretendere cosa alcuna alla successione de' parenti collaterali, così paterni che materni; ed inoltre non succedevano al loro padre che ne' beni situati nel territorio della città, al servizio della quale eransi dati.

Trovasi nel dritto canonico qualche cosa che si approssima a tale specie di legittimazione. Gli autori paragonano all'ammissione in una decuria la professione religiosa in un monastero; e sebbene questo paragone sia molto inesatto non impedisce che si ravvisi qualche tratto di analogia tra i due oggetti, su' quali si aggira. Infatti, la professione religiosa legittima, sotto alcuni rapporti, i figli naturali, poichè li rende capaci di ricevere gli ordini sacri senza dispensa; ma non li abilita a possedere delle prelature. *Is qui defectum patitur natalium, ad ordines maiores sine dispensatione apostolicae promoveri non potest, nisi aut monachi fiant, aut in congregatione canonica regulariter viventes; praelaturas vero nullatenus habeant.* Questi sono i termini del cap. 1 nelle Decretali, *De filiis praesbyterorum*, il quale è tratto dal concilio di Poitiers dell'anno 1078.

L'imperatore Anastasio aveva introdotto colla legge 6, cod. *De natural. liberis*, un secondo modo di legittimazione: aveva permesso a'padri che non avevano figli legittimi, di adottare i loro figli naturali e di renderli con questo mezzo capaci di succeder loro, così *ab intestato* che con testamento. Ma l'imperatore Giustiniano abolì questa legge a fine di obbligare i suoi sudditi a menar moglie se volevano aver figli che potessero perpetuare il loro nome. *In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam; iniusta namque libidinum desideria nulla de caetero ratio defendit* (l. 6, cod. *De na-*

tural. liberis). La disposizione di questa legge è confermata da Giustiniano nella sua Novella 74, cap. 3.

Il capitolo 2 della Novella ora citata introdusse una terza specie di legittimazione. Secondo questa legge, allorchè un padre non aveva figli legittimi, e che aveva avute buone ragioni per non isposare la madre de' suoi figli naturali, poteva dichiarare col suo testamento essere sua intenzione di legittimare costoro e d'instituirli suoi eredi; i figli, dopo la morte del loro padre, presentavano questo testamento all' imperatore e se questi ne accordava ad essi la conferma, divenivano legittimi. La loro legittimazione era allora, come lo dice Giustiniano, un beneficio del padre, del principe, cioè della natura e della legge: *Donum patris et principis, id est, naturae simul et legis.*

Sempre più favorevole alle legittimazioni, l'imperatore Giustiniano volle, colla sua Novella 117, cap. 2, che se in un atto sia tra vivi, sia a causa di morte, passato in giudizio od innanzi a tre testimoni, un padre qualificava per suo *figlio*, senza aggiungere *naturale*, uno de' figli che aveva avuti da una donna libera con cui avrebbe potuto unirsi in matrimonio, non solo colui ch' egli onorava con questo nome, ma anche tutti i suoi fratelli nati dalla stessa madre, divenissero legittimi, e che la loro madre stessa fosse innalzata alla dignità di sposa. *Ex hoc enim cum eorum matre monstrantur legitimum habuisse matrimonium, ut neque ab eo pro nuptiarum fide alia probatio requiratur.* Nondimeno, questa non era, a parlar propriamente, una legittimazione; ma una dichiarazione che stabiliva la prova di un vero matrimonio; e faceva credere che il padre non aveva voluto mai vivere se non in qualità di marito con lei che senza di ciò si sarebbe riguardata come sua concubina; imperciocchè presso i Romani il matrimonio non esigeva alcuna formalità; il solo consenso lo formava, e conseguentemente non differiva dal concubinato che per l' intenzione delle parti: *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet* (l. 4, Dig. *De concubinis*). Perciò Giustiniano, rendendo conto de' motivi che l' indussero a formare la sua Novella, dice che il matrimonio si stabilisce colla sola intenzione, nella quale un uomo ed una donna hanno vivuto insieme. *Cum solo affectu possit consistere matrimonium.*

Legittimazione per susseguente matrimonio. La legittimazione per susseguente matrimonio ha la sua prima origine da una costituzione dell' imperatore Costantino, la quale non è giunta fino a noi, ma il cui tenore è ricordato da una legge dell'imperatore Zenone, ch'è la quinta, cod. *De naturalibus liberis*. Vedismo in questa legge che l' imperatore Costantino, per far desistere dalle loro cattive abitudini quelli tra i suoi sudditi che vivevano nel concubinato, permise loro, nel torre in moglie le loro concubine, di rendere legittimi i figli che ne avevano avuti; ma questa costituzione era limitata a' figli di già nati e non riguardava affatto l'avvenire.

L'imperatore Zenone rinnovò colla legge citata le disposizioni della legge di Costantino e ne limitò del pari l'effetto a'figli nati all'epoca della sua promulgazione. In quanto agli illegittimi che fossero nati in seguito, non permise che potessero essere legittimati in tal modo: *Hi vero qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint minime huius legis beneficio perfruantur.*

Successivamente questo rigore si mitigò e la legittimazione per susseguente matrimonio fu indeterminatamente ammessa: ma tale innovazione non si fece che per gradi. In fatti colla legge 6, cod. *De natural. liberis*, la prima che sia comparsa su questo oggetto dopo quella dell'imperatore Zenone, Anastasio ordinò soltanto che se un padre, il quale non aveva figli legittimi, sposasse la donna da cui aveva figli naturali, costoro divenissero legittimi e capaci di raccogliere la loro successione.

Insorsero delle difficoltà sulla esecuzione di questa legge: alcuni volevano che i figli naturali non fossero legittimi pel susseguente matrimonio del padre loro colla loro madre, se non nel caso che non nascessero altri figli da un tal matrimonio; il che essi fondavano su queste espressioni generali di Anastasio: *Iubemus eos quibus, nullis legitimis liberis existentibus.* Giustiniano condannò quest'interpretazione colla legge 10 dello stesso titolo: ei volle che i figli nati durante il matrimonio ammettessero i loro fratelli nati prima, alla divisione della successione del loro padre comune; ed ecco i motivi che egli stesso somministrò a questa decisione: *Quum enim affecto prioris sobolis et ad dotali instrumenta officienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem, quomodo non est niquissimum ipsam stirpem secundae posteritatis priorem excludere, cum gratias agere suis posteriores debeant quorum beneficio ipsi sunt iusti filii nomen et ordinem consecuti.*

Questa legge divenne una sorgente di liti. Gli uni pretesero che la stessa non accordasse nel susseguente matrimonio la virtù di legittimare gl'illegittimi che nel caso in cui fossero nati figli legittimi dallo stesso matrimonio; gli altri, più rigorosi ancora, sostennero che la sola nascita di figli legittimi non bastava per operare la legittimazione de' loro fratelli naturali e che bisognava ch'essi sopravvissero al loro padre ed alla loro madre. Giustiniano rimosse questa difficoltà colla legge 11 dello stesso titolo, la quale ordina, che, sia che nascessero figli dopo del matrimonio, sia che non ne nascessero, i legittimati con tal matrimonio godrebbero tutti i vantaggi della legittimità. *Sufficit enim*, dice quella legge, *talem affectionem habuisse ut; post liberorum edictionem et dotalia efficiant instrumenta, et spem tollendae sobolis habeant; licet enim quod speratum est ad effectum non pervenerit, nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur.* La legge aggiunge che avverrà lo stesso, e con più forte ragione, a ri-

guardo dal figlio concepito prima delle celebrazione del matrimonio, ma nato dopo codesta celebrazione.

Giustiniano estese in oltre questa giurisprudenza in due punti notabili: 1. Secondo il dritto stabilito momentaneamente da Costantino e Zenone, i figli naturali non potevano essere legittimati col susseguente matrimonio del loro padre colla madre loro se non nel caso che il padre non avessa allora figli legittimi. Ma il cap. 4 della Novella 12 prescrive che, quantunque si abbiano figli legittimi da un matrimonio antecedente, si possono non ostante legittimare figli naturali sposando la loro madre, purchè però siano nati dopo lo scioglimento dal matrimonio donde provengono i legittimi; 2. In forza delle leggi di Costantino e di Zenone, non vi erano che figli nati da una concubina *ingenua*, i quali potessero essere legittimati col susseguente matrimonio degli autori dei loro giorni. Ma la Novella 18, cap. 11, vuole che i figli nati da una concubina liberta godano dello stesso vantaggio. Essa va più oltre ancora: dichiara che quando un uomo ha vivuto colla sua schiava, come con la sua concubina, ei può dopo di avarle data la libertà del pari che ai figli avuti da lei, e dopo di aver loro ottenuto dal principe i dritti d'ingenuità, contrarre matrimonio con questa donna, e con siffatto mezzo legittimare i figli naturali che essa gli ha dati. Ma aggiunge la stessa legge, questa legittimazione non può aver luogo che quando il padre non abbia figli legittimi di un'altra moglie.

La Novella 78, c. 3. e 4. dispensa il padre dall'ottenere dal principe i dritti d'ingenuità pe' figli nati dalla sua schiava, e vuole che senza atto espresso di manomissione, divengano ad un tempo liberi e legittimi col solo effetto del matrimonio contratto tra il padre e la madre loro. Sembra ben anche da' termini generali nei quali è concepita questa novella, ch'essa non esige più, per la legittimazione de' figli nati nella schiavitù, che il padre loro non abbia figli legittimi di un'altra moglie.

Finalmente la Novella 89, cap. 8, diede l'ultima mano alla legittimazione per susseguente matrimonio, e permise di legittimare in questo modo tutti i figli naturali nati da donne, colle quali potevasi vivere lecitamente in concubinato.

Legittimazione per rescritto del principe. Per la Novella 89, cap. 9, il padre privo di legittima prole, il quale ebbe figli naturali da una concubina cui non può prendere in moglie o per essere già morta o per altra causa, aveva la facoltà d'impetrare dal principe che i figli nati da quella conseguissero tutti i dritti di famiglia e di legittimità. E quand'anche non avesse egli stesso prodotto l'istanza al principe, ma avesse nel testamento dichiarata la volontà che quelli siano suoi legittimi figli ed eredi potevano eglino ciò domandare al principe.

Legislazione francese ed austriaca circa la legittimazione.

La legittimazione ha per iscopo e per effetto di dare al figlio naturale il grado e la qualità di figlio legittimo e di assicurargli i medesimi onori e privilegi, come se al momento della sua nascita suo padre e sua madre fossero stati uniti coi vincoli del matrimonio.

Secondo il codice francese la legittimazione si opera mediante il susseguente matrimonio del loro padre o della loro madre; purchè questi li abbiano legalmente riconosciuti per figli prima del loro matrimonio, o li riconoscano nell'atto stesso della celebrazione (art. 331). Questo codice sotto tale rapporto ha modificato l'antica giurisprudenza, la quale attribuiva di pieno dritto al matrimonio susseguente gli effetti della legittimazione indipendentemente da qualunqua riconoscimento anteriore. Si volle con ciò togliere ai coniugi, l'unione dei quali fosse stata sterile, la facoltà di creare una posterità legittima col consenso reciproco, e forse pure per evitare che uno dei coniugi, abusando della sua influenza morale, non potesse costringere l'altro a riconoscere un figlio che gli fosse estraneo. Laonde è necessario che i due coniugi abbiano concorso al riconoscimento anteriore al matrimonio. Se un solo avesse riconosciuto il figlio, il riconoscimento espresso dall'altro coniuge dopo la celebrazione, non opererebbe la legittimazione. Poco per altro importerebbe che questo riconoscimento avesse avuto luogo simultaneamente in un solo e medesimo atto, o con atti separati. Il detto codice non fa a questo riguardo veruna distinzione.

Egli è certo che la legittimazione avrebbe luogo a favore del figlio naturale, ancorchè suo padre e sua madre, o l'uno dei due, prima di unirsi insieme, avessero contratto un matrimonio intermediario tra la nascita del figlio ed il suo matrimonio.

A termine dello stesso codice francese la legittimazione può aver luogo anche a favore de' figli premorti che hanno lasciato discendenti superstiti; ed in tal caso essa giova ai detti discendenti (art. 332).

Gli effetti della legittimazione sono energicamente indicati dal detto codice: i figli legittimati, col susseguente matrimonio, esso dice, avranno dritti eguali come se fossero nati dallo stesso matrimonio (art. 333). Laonde acquistano tutti i dritti della parentela civile e quelli di successione; ma si dee osservare che questi dritti non sono aperti a loro favore se non a datare da quell'epoca, e che non potrebbero, a pregiudizio dei terzi dar luogo a pretendere verun diritto che avesse avuto un'origine anteriore.

Il citato articolo 331 dello stesso codice francese non accorda ai figli adulterini ed incestuosi il beneficio della legittimazione. Riguardo ai figli incestuosi, vale a dire nati da persone, alle quali la legge non permetterebbe per ragione di parentela o di

affinità di maritarsi tra loro, si può domandare se la legittimazione abbia luogo nel caso in cui il matrimonio in forza di una dispensa, venisse poscia a verificarsi. Sopra siffatta questione i giureconsulti francesi sono divisi. Toullier (tom. II, n. 935) sembra ammettere la legittimazione, ma Merlin (Repert., alla voce *Légitimation*) decide che la dispensa non ha alcun effetto retroattivo e non fa svanire il carattere incestuoso che ha macchiato la nascita del figlio.

Si osservi generalmente che il matrimonio ch'è stato dichiarato nullo produce, ciò nullostante, gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi quanto relativamente, ai figli, allora quando sia stato contratto in buona fede (cod. franc., art. 201). Il matrimonio dichiarato nullo non avrebbe forza di legittimare i figli naturali nati da due coniugi prima della celebrazione, perchè, come dice Daguesseau, non si è mai di buona fede nel concubinato.

Secondo il codice austriaco, i figli illegittimi possono entrare nella classe de' legittimi mercè la legittimazione. Questa legittimazione è di quattro specie. La prima ha luogo quando sia rimosso l'impedimento che si opponeva al matrimonio conchiuso. La seconda interviene se entrambi i coniugi od almeno uno di essi è nella ignoranza scusabile dell'impedimento sussistente. Ma si nell'uno che nell'altro dei casi ora detti dee farsi eccezione per gl' impedimenti ingenerati dal matrimonio sussistente, dagli ordini maggiori, dai voti solenni di celibato, dalla disparità del culto, i quali impedimenti ostano alle memorate due specie di legittimazione. La terza specie si effettua per mezzo del susseguente matrimonio dei genitori della prole illegittima. L'ultima succede mediante rescritto del sovrano, regolarmente implorato. Ciò è a differenza del codice francese, il quale, come abbiamo veduto, ammette soltanto la legittimazione pel susseguente matrimonio.

Il sovrano rescritto di legittimazione può invocarsi dai genitori della parole illegittima.

La legittimazione produce l'effetto che la prole legittimata sia ammessa in generale ai dritti dei figli legittimi. Ma la legittimazione avvenuta per l'*ignoranza scusabile* non attribuisce al legittimato dritto alcuno sui beni, che dalle disposizioni di famiglia sono specialmente riservati ai discendenti legittimi. La legittimazione seguita per mezzo del matrimonio susseguente fa bensì annoverare tra i figli legittimi anche i discendenti della prole nati fuori di matrimonio, dalle persone, che indi lo hanno contratto; ma essa prole non può contendere ai figli legittimi nati da altro matrimonio che abbia sussistito nel tempo intermedio, nè il dritto di primogenitura, nè gli altri dritti dai medesimi già acquistati. La legittimazione per grazia del Sovrano rende partecipe la prole legittimata, a guisa della legittima, delle prerogative della condizione de' genitori, o del diritto su questi beni che liberamente possono

trasmettere agli eredi. Nè produce verun effetto riguardo agli altri membri della famiglia.

LEGITTIMAZIONE. Si veda sotto la voce *irregolarita*, che il difetto di nascita produce l'irregolarità; questo difetto cessa in tre modi, per la professione religiosa per la dispensa e per la legittimazione. Qui si tratta di quest'ultimo modo.

Questa legittimazione si fa in due modi, l'una di diritto, l'altra di grazia, vale a dire: col matrimonio susseguente e con le lettere di principe, come abbiamo veduto all'art. *legittimazione.*

Il cap. 6. al titolo delle Decretali. *Qui filii sunt legitimi*, dice: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legittimi habeantur. Si autem vir vivente uxore sua aliam cognovit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eadem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab haereditate repellendus.* Dalle parole di questa Decretale sonosi formate due grandi massime: 1. Che il matrimonio susseguente legittima di dritto i figli nati prima, in guisa di renderli intieramente simili a quelli che sono nati *costante matrimonio*; 2. Che il matrimonio susseguente non produce questi effetti se i figli sono nati o sono stati concepiti prima del matrimonio, in un tempo in cui il padre e la madre o l'uno di essi non era libero, tanto se fossero maritati, quanto se vi fosse tra loro qualche impedimento che ostasse al matrimonio.

È altresì una massima importante fondata sopra il capo *Cum inter*, ed il capo *Ex tenore* del titolo citato, che l'ignoranza dell'impedimento e la buona fede di un solo de' coniugi maritati,rende i figli legittimi, benchè il matrimonio venga ad essere disciolto per sentenza del giudice.

Il cap. *Quod nobis*, eod. tit., decide che i figli nati da un matrimonio clandestino, sono pure legittimi quando è diventato pubblico e la Chiesa lo ha approvato; ma questa decisione nulla ha di nuovo nè di particolare dopo quella del cap. *Tanta.* Quella del cap. *Gaudemus*, eod. tit., è, più interessante in quanto che stabilisce che allorquando gl'infelici sono stati maritati in un grado proibito dalla Chiesa, non si dichiara nullo il loro matrimonio e, per conseguenza, i figli che ne sono nati prima o dopo il battesimo sono legittimi.

Il cap. *Transmissae*, eod. tit., vuole che se un uomo ed una donna negano che un figlio sia nato dal loro matrimonio, si stia alla loro dichiarazione; ed Alessandro III, al cap. *Lator ... causam*, eod. tit., ordina che quando in occasione di una eredità nascesse questione di sapere se i figli sono legittimi, si rimandi la questione della qualità del figlio innanzi il giudice della Chiesa.

LEGITTIMITÀ. Si dice in generale di tutto ciò ch'è conforme

alle leggi; così la legittimità di un'azione indica il rapporto e la conformità di questa azione con ciò ch'è prescritto dalla legge.

Ma s'intende più particolarmente lo stato di un figlio, la nascita del quale è approvata dalla legge; ed è in questo senso che noi ne parliamo in questo articolo.

Il matrimonio è l'unica sorgente della legittimità de' natali; e le qualità di marito e di moglie sono assolutamente necessarie per dare al figlio la qualità di legittimo: *Filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur*, dice la l. 6, Dig. *De iis qui sui, vel alieni iuris sunt*. Laonde ogni figlio nato fuori di un matrimonio legittimo tra sua padre e sua madre, è riputato illegittimo e non partecipa a veruno dei dritti accordati dalle leggi civili e politiche a coloro che nascono da una unione approvata dalla legge e dalla religione.

Questa regola per altro riceve due eccezioni: 1. I figli nati nel concubinato diventano legittimi pel matrimonio susseguente del loro padre e madre; 2. Si riguardono come legittimi i figli nati da un matrimonio nullo, ma contratto di buona fede. Questa giurisprudenza è confermata dai codici moderni: Il matrimonio, dice il cod. franc., ch'è stato dichiarato nullo, produce, ciò non ostante gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quando relativamente ai figli, allorquando sia stato contratto di buona fede (art. 201). Se non vi è la buona fede che per parte di uno dei coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore del medesimo coniuge e dei figli nati dal matrimonio (art. 202). Il cod. aust. poi stabilisce che i figli nati da matrimonio benst invalido (fuorchè ne' casi in cui fosse contratto in assistenza del vincolo matrimoniale di uno e di ambedue i contraenti, o fra cristiani e persone che non professano la religione cristiana) debbono considerarsi legittimi se l'impedimento sia tolto in seguito, o se per l'uno o per l'altro dei coniugi *militasse almeno una ignoranza scusabile del matrimonio medesimo.*

Il matrimonio produce una presunzione legale della legittimità: *Pater est is quem iustae nuptiae demonstrant*. Tuttavia questa presunzione non è sempre assoluta; e può essere distrutta in certi casi come nel caso di adulterio della moglie, e di disconoscimento del padre. — Vedi *adulterio*.

LENOCINIO. Così chiamasi nel dritto romano il delitto di coloi che ricava guadagno dalla prostituzione delle loro serve; e di colui eziandio che fa guadagno colla prostituzione di persone di libera condizione. Questa denominazione trae la sua origine da un certo *Lenone* che, avendo comprate donne e fattele sue schiave le affittava ad altri all'oggetto di prostituzione.

Riguardavansi come lenoni non solamente quelli che facevano in principalità questo negozio, ma quelli altresì che lo facevano mediante altra persona; come se un'osta o locandiere avesse avuto

serve che coll' occasione del loro ministero si fossero prostituite per mestiere; oppure se un bagnaiuolo avesse avuto schiave che si fossero prostituite nei bagni coll'occasione di custodire i vestimenti: tutti costoro venivano puniti colla pena del lenocinio. *Veggasi* nel Digesto il titolo *De h.s qui notantur infamia.*

LENONE. — Vedi *lenocinio.*

LESA-MAESTA'. È quello che tende direttamente ed immediatamente alla distruzione della società e delle persone che la rappresentano. Questo delitto è il più funesto allo Stato e merita più di ogni altro di essere severamente punito.

Dionisio di Alicarnasso riferisce una legge di Romolo, la quale immolava alle furie il traditore della patria e permetteva ad ognuno di ucciderlo impunemente (lib. II.) Alcuni frammenti delle leggi delle dodici Tavole, la legge *Gabinia*, l' *Apuleia* e la *Varia* ci mostrano quali erano i delitti che fino alla dittatura di Silla erano compresi in questa classe: suscitare inimici alla repubblica, o dare in mano degl'inimici un cittadino: *Legem duodecim tabularum iussisse* (dice il giureconsulto Marciano nella legge 3, Dig. *Ad legem Iuliam maiestatis*) *eum qui hostem concitasset, quique civem hosti tradidisset, capite puniri*; turbare la sicurezza pubblica colle assemblee notturne: *Primum duodecim tabulis captum esse cognovimus* (dice Porcio Latrone *in declamat. adv. Catilin.*, cap. 19.) *ne quis in urbe coetus nocturnos agitaret.* Lo stesso Latrone (*ibidem*) ci riferisce la disposizione della legge Gabinia che comprende in questa classe di delitti le clandestine unioni: *Deinde lege Gabinia promulgatum* (dic'egli), *qui coitiones ullas clandestinas in urbe conflavisset, more maiorum capitali supplicio mulctaretur.* La legge Apuleia di cui Cicerone (*De oratore*, lib. II, cap. 29) fa menzione comprende in questa classe di delitti l' eccitare sedizioni tra i figli della patria; e per una legge che porta il nome di Varo, nel tribunato del quale fu emanata, è compreso il determinare gli alleati ad armarsi contra la patria stessa (*Veggasi* Valerio Massimo, lib. III, cap. 7, n. 8, e lib. VIII, cap. 6, n. 4; ed Asconio, *in orat. pro Scauro*).

In appresso Silla, quel medesimo Silla, che combattè due volte contra i suoi concittadini, conquistò due volte la patria e abdicò finalmente la dittatura, emanò la celebre legge di maestà che porta il nome di *Cornelia* da Cornelio Silla, colla quale aggiunse a questa classe di delitti. Si fa reo di delitto di lesa-maestà ed è condannato alla pena dell'interdizione dell'acqua e del fuoco; chi disobbedisce agli ordini di un magistrato, e gli è d'impedimento nell'esercizio delle sue funzioni; chi conduce senza ordine del senato un'armata fuori dei limiti della sua provincia, o intraprende una guerra di sua autorità; chi seduce l'esercito; chi perdona ai capi degl' inimici presi nella guerra, o restituisce loro per danaro la libertà; chi ri-

manda impunito un capo di ladri dopo averlo avuto nelle mani; chi coltiva l'amicizia di un re straniero, essendo cittadino di Roma; chi non ha fatta rispettare l'autorità del popolo romano nell'esercizio di qualche carica. Contra questa specie di delitto si ammette la testimonianza della donna, si concede l'impunità ai calunniatori (*Veggasi* Sigonio, *De iudiciis*, lib. II, cap. 29.)

La legge di Silla fu confermata da Cesare, estesa da Augusto, e spinta all'eccesso da Tiberio. Il primo dei Cesari non fece altro che togliere l'appellazione al popolo dai decreti del pretore, al quale la *questione di maestà* era affidata. Augusto fece molto più; poichè rinnovò tutte le leggi che si erano fatte contra i delitti di maestà, ne accrebbe la severità delle pene, e vi aggiunse nuovi altri delitti. Non riferiremo qui i diversi capi di questa celebre legge; basta il sapere che il vendere o bruciare una statua dell'imperatore già consacrata, e il menomo insulto recato alle sue immagini, divennero delitti di lesa-maestà. I *libelli famosi* furono anche compresi in questa classe, e la pena del satirico ardito fu confusa colla spada del parricida e del ribelle (*Veggasi* tutto il titolo del digesto. *Ad legem Iuliam maestatis*) Silla si era contentato di concedere l'impunità legale ai calunniatori. Augusto non contento di confermare questa odiosa eccezione, ve ne aggiunse un'altra colla quale veniva esteso il dritto di accusare all'infame, al servo contra il padrone, ed al liberto contra colui che data gli aveva la libertà. (*Veggasi* la legge 7, Dig. eod. tit.). Tiberio, senza abolire la legge di Augusto, senza far una nuova legge di lesa-maestà, diede ai diversi capi della legge Giulia quella estensione, della quale erano suscettibili, per portar la cosa a quell'eccesso cui egli la condusse. Egli in fatti estese con questo mezzo alle parole, ai segni, alle imprecazioni, alle azioni stesse più indifferenti il delitto di lesa-maestà. Molti cittadini si trovarono rei di questo delitto, per aver battuto uno schiavo innanzi alla statua di Augusto; per essersi spogliati e vestiti innanzi allo stesso simulacro; per aver portato una moneta o un gioiello colla sua effigie in qualche luogo destinato a soddisfare i bisogni della vita, o ai piaceri della voluttà: *Hoc genus calumniae* (dice Svetonio in Tib., c. 58) *eo processit, ut haec quoque capitalia essent, circa Augusti simulacrum servum cecidisse, vestem mutasse, nummo vel annulo effigiem impressam, latrinae aut lupanari intulisse.* Un discorso proferito nella confidenza dell'amicizia, un sospiro, una lagrima sparsa sulla sorte di Roma, erano tanti delitti di lesa-maestà che si espiavano coll'esilio o colla rilegazione(*Veggasi* Svetonio,*ibidem et sequentibus capitibus*. Tacito, Annali, lib. I, c. 14). È terribile la dipintura che Tacito ci ha lasciata di questi orrori, e la sua robusta penna ci ha in poche parole mostrata l'impossibilità, nella quale era anche l'uomo più avveduto, di guarentirsi da queste accuse. Parlando egli dell'accusa fatta da Ispone a Marcello nel tribunale di maestà, per aver tenuti discorsi ingiuriosi sulla persona

di Tiberio, soggiunse: *Inevitabile crimen, quum ex moribus principis foedissima quaeque deligeret accusator, obiectaretque reo; nam quia vera erant, etiam dicta credebantur* (*ibidem*).

E non solamente in Roma, ma eziandio nella moderna Europa, hanno avuto luogo simili leggi estensive riguardo al delitto di maestà. Senza parlare di ciò che avvenne in Inghilterra sotto il regno infelice di Riccardo II, lo statuto del quale dichiarava delitto di alto tradimento la semplice intenzione di uccidere o di deporre il re, quantunque alcuna azione non esistesse che indicar potesse questo detestabile divisamento; senza neppur ricorrere agli statuti fatti su quest' oggetto in quel funesto periodo del governo brittanico che si aggira dopo il governo di Arrigo IV fino al regno di Maria; e più di ogni altro di ciò che avvenne sotto il sanguinario regno di Arrigo VIII, il quale, non altrimenti che Augusto e Tiberio, moltiplicò tanto il numero dei delitti di alto tradimento che il furto di un bestiame nel paese di Galles, un discorso privatamente tenuto sulla legittimità del matrimonio del re con Anna di Cleves o contra la sua supremazia; il profetare sulla morte del re, insieme con molti casi a questi simili, compresi furono sotto il terribile nome di alto tradimento (*Veggasi* Blackston, Cod. crim., c. 6).

Uno degli articoli della passata giurisprudenza francese stabiliva che ne' casi di maestà, la semplice volontà di commettere il delitto disgiunta da qualunque atto, e manifestata anche dopo che questa volontà stessa più non esiste, debba punirsi come punito sarebbe il delitto commesso e riuscito (Veggasi Domat, Supplemento al dritto pubblico, lib. III, tit. 2, art. 5). Noi abbiamo nella storia di Francia più casi, ne' quali si trova eseguita questa legge. Una persona di Parigi fu condannato in esecuzione di un decreto del 26 giugno 1590 ad essere tirato a coda di quattro cavalli, per aver lodato pubblicamente Giacomo Clemente, assassino di Enrico III, e per un altro decreto di quell'istesso anno un'altro fu impiccato, per aver detto che si sarebbe trovato anche qualche altro uomo dabbene, come Giacomo Clemente, per uccidere Enrico IV, e che, in mancanza di ogni altro, vi sarebbe stato egli stesso. Con un altro decreto del mese di novembre 1591, il gran consiglio condannò alla morte un giovine dell'età appena di dodici anni, per aver detto, tenendo in mano un coltello, che potrebbe essere benissimo un giorno, un altro Giacomo Clemente (Veggansi l' Enciclopedia metodica e la Biblioteca del dritto francese all' articolo *Lèse-maiéste*). I giureconsulti francesi pretendono di giustificare questa legge con quella del dritto romano che dice: *Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum, in reos laesae maiestatis iura puniri voluerunt*. Questa è la legge 5, cod. *Ad legem Iuliam maiestatis*; ma que' giureconsulti sono nell' errore, poichè per *voluntatem sceleris* qui non s' intende il semplice

pensiero, ma l'intenzione accompagnata dall'atto, sebbene non riuscita.

Un'altra legge dello stesso dritto romano espressamente ci dice *cogitationis poenam nemo patitur*; a questa antinomia era troppo visibile per non saltare agli occhi dello stesso Triboniano.

Secondo l'ordinanza del 22 decembre 1477 di Luigi XI re di Francia e l'articolo 2 dell'assemblea di novembre 1583; secondo le nuove costituzioni del senato di Milano (lib. IV, tit. *De crimine laesae maiestatis*), e le leggi di una gran parte dell'Europa, considerano come reo dello stesso delitto tanto colui che avendo cognizione di une congiora che si trama, non ne dà avviso al governo, quando colui che n'è l'autore o il complice.

Questa è stata pure l'opinione della maggior parte de'dottori; ha avuto vigore di legge, ove questa mancava: *Qui nudam factionis notitiam habet* (dice Jacopo Gotofredo, *Ad l. Quisque*, cod. *Ad l. Iuliam maiest.*) *sine participatae factionis crimen* (*de quo alienae sunt leges*) *certe in proprio per duellionis crimine, capitali et hunc conscium puniri, frequentior schola recte sciscit*. Abbiamo parecchi esempi dell'osservanza di questa legge in varie parti dell'Europa. È troppo nota la funesta tragedia avvenuta nella persona di uno de'primi magistrati della Francia, e figlio di uno de'migliori storici che abbia avuto l'Europa; Francesco Augusto Tuano terminò i suoi giorni sul patibolo, per non aver rivelata la cospirazione che si tramava dal duca di Bouillon fratello unico del moribondo Luigi XIII, e dal gran scudiero Enrico d'Effiat marchese di *Cinq-Mars*. L'oggetto della congiura non era di dare alla Francia un re straniero, o di abbreviare i giorni del regnante. Tra il duca di Bouillon ed il trono non vi era che un fratello moribondo, e due figli nelle fasce. Egli era l'erede presuntivo del trono, o almeno di una lunga amministrazione. La congiura se può chiamarsi con questo nome, era diretta a prevenire i colpi dell'ambiziosa politica di Richelieu. Tuano aveva cercati tutti i mezzi di distogliere il suo amico *Cinq Mars* da questa impresa.

Egli non volle mai prendervi parte alcuna. Fu riconosciuta la sua innocenza riguardo a questo oggetto, ma il non avere scoperta la congiura, il non aver tradito l'amico, il non aver abusato della sua confidenza, bastò per rendere reo di lesa-maestà Tuano, e per far perire sotto la mano del carnefice un uomo che tutta la nazione credeva innocente. Nella storia di Enrico IV, vi fu anche altro esempio di questa natura nella persona di un cuoco del re, al quale un gentiluomo del Delfinato aveva offerta una somma di danaro perchè avvelenasse il suo padrone; il cuoco rifiutò l'offerta, ma non denunziò il delitto del gentiluomo, e fu condannato ed impiccato come reo di lesa-maestà. Poco di più avrebbe sofferto se avesse accettata l'offerta (Veggasi Bouchel, nella Biblioteca del dritto francese all'articolo *Lèse-Maiésté*). In Firenze Bernardo del Nero gonfaloniere fu condannato a morte per non aver rivelata

una congiura contra il governo (Guicciardini, *Istoria della guerra d'Italia*, sotto l'anno 1497).

Rivolgendo finalmente il nostro esame sulle pene per questo delitto praticate, troviamo una legge severissima di Arcadio ed Onorio, che qui crediamo di riferire almeno in parte; ed è concepita in questi termini: » Chiunque abbia ordite criminose fazioni coi » militi o privati o coi Barbari (*così chiamavansi quelli che in que- » tempi vivevano nel romano paese*), ed abbia a tali fazioni fatto » prestare od abbia egli stesso prestato giuramento, ad abbia at- » tentato alla morte d' illustri personaggi che assistono ai consigli » del principe, ed eziandio de' senatori, o finalmente di qualsiasi » altro che milita per noi, sia punito di morte come reo di lesa- » maestà, e tutti i di lui beni siano addetti al nostro fisco; im- » perciocchè vuole il gius che colla stessa severità sia punita l'in- » tensione di commettere il delitto, che il delitto stesso. I di lui » figli poi, a'quali per ispeciale clemenza imperiale concediamo la » vita (quantunque dovessero subire lo stesso supplizio del padre » coloro in cui si temono gli stessi esempi del delitto paterno, » vale a dire, ereditario) siano puniti dell' eredità e successione » materna ed avita e di tutti i loro congiunti; non possano aver » niente nemmeno per testamento di estranei; siano per sempre » bisognosi e mendichi; per sempre siano accompagnati dall' in- » famia paterna; non possano in alcun modo pervenire ad alcun » onore, nè alla milizia; vivano finalmente in modo che in di- » sprezzo al mondo siano oppressi da perpetua povertà, e che la » morte loro sia di conforto, di tormento la vita: *sit et mors so- » latium et vita supplicium* (l. 5, cod. *Ad legem Juliam maie- » statis*) ». Questo ultimo passo sembra che abbia inspirato ad Alfieri le parole che ha posto in bocca a Filippo, allorchè con raffinata crudeltà dice ad Isabella:

Sì, tu vivrai; giorni vivrai di pianto:
Mi fia sollievo il tuo lungo dolore.
Quando poi scevra dell'amor tuo infame,
Viver vorrai, darotti allora io morte.

La detta legge per altro, benchè così feroce contra i figli del reo, rimanendo condannato alle fiere il perduelle dell'ultima condizione, condannava alla semplice morte quelli di una condizione più nobile: ma Arcadio non pensò mai di prescrivere l'esordio tormentoso che si è fatto in appresso, dove più, dove meno, soffrire al delinquente prima di morire. Specialmente in Francia si è incrudelito nel tormento de' perduelli.

L'ordinanza del 29 settembre del 1594, emanata contra Giovanni Châtel, il quale aveva ferito Enrico IV con un colpo di coltello nel viso, lo condannò a fare una ammenda onorevole, ed a confessare ginocchione pubblicamente il suo misfatto; poscia venne condotto sulla piazza detta della *Grève* ove fu tanagliato

alle braccia ed alle coscie, e la mano destra che teneva il coltello col quale tentò di commettere quel parricidio venne tagliata ed indi il suo corpo tirato e smembrato da quattro cavalli, e le sue membra gettate alle fiamme ed ingenerite; ed i suoi beni acquistati e confiscati dal re. Prima della esecuzione fu sottoposto alla tortura ordinaria e straordinaria, per fargli rivelare i suoi complici. La sua casa venne adeguata al suolo, ed ivi eretta una piramide d' infamia.

L' ordinanza del 27 maggio 1610 contra Ravaillac pel parricidio che commise nella persona del re Enrico IV, lo condannò ad una pena anche più grave che quella di Chatel, perchè Ravaillac aveva ucciso il re. Si ordinò che la sua mano destra fosse bruciata a fuoco di solfo, e che sopra le parti che fossero tanagliate venisse gettato del piombo liquefatto e dell' olio bollente, della pece resina bollente, della cera e solfo fusi insieme; e che il suo corpo venisse tirato e smembrato da quattro cavalli; che prima dell' esecuzione gli fosse applicata la tortura ordinaria e straordinaria; la sua casa venisse atterrata; che suo padre e sua madre dovessero vivere in eterno esilio sotto pena di essere impiccati. Alla stessa pena con tutti i suoi accessori fu condannato nel 1757 Roberto Francesco Damiens per l' attentato contra la persona del re.

Dopo di aver parlato delle passate leggi relative al delitto di lesa-maestà, passiamo a vedere quali sono le odierne leggi riguardo a questo misfatto.

Distinguonsi in esso diversi capi o gradi che lo rendono più o meno grave, e per conseguenza più o meno grave la pena.

Secondo il codice penale francese, l'attentato o la cospirazione contra la vita o la persona del re è crimine di lesa-maestà, va punito come il parricidio ed importa di più la confisca dei beni (art. 86). — Vedi *parricidio*. L' attentato o la cospirazione contra la vita o la persona de' membri della famiglia reale; l'attentato o la cospirazione tendente sia a distruggere o cangiare il governo o l'ordine di successione al trono, sia ad eccitare i cittadini o gli abitanti da armarsi contra l'autorità reale, si puniscono colla pena di morte e colla confisca de' beni (art. 87). V'è attentato dal momento che un atto è commesso o principiato per giungere all' esecuzione di questi crimini, quantunque non siano stati consumati (art. 88). Vi è cospirazione dal momento che la risoluzione di agire è concertata e stabilita fra due od un maggior numero di cospiratori, quantunque non siavi stato attentato (art. 89). Se non vi fu cospirazione stabilita, ma la proposizione fatta e non accolta di formarne una per giungere al crimine menzionato nell'art. 86; colui che avrà fatta una tale proposizione sarà punito col bando. L' autore di qualunque proposizione non accolta tendente ad uno de' crimini enunziati nell'art. 87 sarà punito col bando (art. 90). Nel caso in cui uno o più dei crimini enunciati negli articoli 86, 87 saranno stati eseguiti o semplicemente tentati da una banda,

la pena di morte colla confisca si applicherà senza distinzione di grado a tutte le persone facienti parte della banda, e che saranno state prese sul luogo dell'unione sediziosa. Sarà punito colle stesse pene chiunque avrà diretta l'unione sediziosa, o vi avrà esercitato alcun comando o funzione, sebbene non venga preso sul luogo della medesima (art. 87). Anche quelli che o con discorsi tenuti in luoghi ed unioni pubbliche, o con cartelli affissi, o con iscritti stampati, avranno eccitato direttamente i cittadini o gli abitanti a commettere la cospirazione ed attentati suddetti, sono puniti colle stesse pene. Nondimeno nel caso in cui le dette provocazioni non fossero state seguite da alcun effetto, i loro autori saranno semplicemente puniti col bando (art. 102). Colui che ommettesse di rivelare al governo ed alle autorità amministrative o di polizia giudiziaria, gli attentati e cospirazioni di lesa-maestà che fossero a sua cognizione, sarà punito colla reclusione (art. 104). Non vengono ammesse scuse (art. 206). Sono eccettuati dalla dinunzia il coniuge divorziato, gli ascendenti e discendenti, il fratello, la sorella, e gli affini negli stessi gradi colla persona imputata del crimine (art. 107). Sono esenti da pena quelli che avranno notificato alle autorità competenti le cospirazioni o crimini che fossero a loro notizia, e i loro autori o complici (art. 108).

LESIONE. Nei contratti onerosi che chiamansi anche *permutatori* non si presume che l'una delle parti contraenti voglia volontariamente e scientemente recar pregiudizio a sè medesima, e in vece si presume ch'essa voglia ricevere almeno a un di presso lo equivalente di quello ch' essa dà. Quindi è che i contratti bilaterali possono rescindersi non solamente nel caso di evizione, cui dia luogo un difetto di tale natura che non sia possibile di togliere o che impedisca l'uso ordinario della cosa ma eziandio per causa di lesione. Questo è il risultamento dell'errore intorno al prezzo delle cose che sono l'oggetto de' contratti, le quali cose vengono conseguentemente apprezzate oltre all' ordinario valore di esse. Il contraente, che riceve una cosa il cui prezzo ordinario è di gran lunga inferiore al correspettivo che ha ricevuto, non può dirsi aver perfettamente acconsentito. Egli è dunque conforme all'equità che si soccorra a siffatto contraente, autorizzandolo a chiedere la rescissione del contratto, e che le cose siano restituite nel pristino stato. Cotale dritto a lui accordato sospinge inoltre le parti ad osservare la buona fede, e ad allontanare le speculazioni usurarie che si volessero tenere palliate sotto false apparenze. Abbiamo detto riguardare il dritto, di cui si parla, quel contraente che riceve una cosa, il prezzo ordinario della quale è di molto inferiore al correspettivo dato per averla; perciocchè non è tolto che i privati, contrattando, possano a vicenda circonvenirsi, affinchè la speranza di lucro non sia spenta, senza di che il commercio diverrebbe languido. La lesione adunque è causa di rescissione di un contratto

bilaterale, quando essa è enorme, vale a dire secondo le leggi, quando eccede la metà del valore ordinario; e quindi *lesa* dicesi, in senso giuridico, quella parte che non ha ricevuto nemmeno la metà di ciò che dieda all' altra secondo tale valore ordinario. È per altro in facoltà dall'altro contraente di far sussistere il contratto mediante il supplimento di quanto manca all'ordinario valore.

Questi sono i principî generali risguardanti la lesione; ora vediamo le disposizioni particolari della leggi.

E primieramente vediamo che il dritto romano è conforme a questi principî nella famosa legge 2. cod. *De rescindenda venditione*. Eccone le parole: *Res maioris pretii si tu vel pater tuus* (dicono gl'imperatori Diocleziano e Massimiano) *minoris distraxerit, humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emptor elegerit, quod deest, iusto praetio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Il codice civile francese ed il codice civile austriaco hanno adottata quest'azione. Ecco l'espressioni del primo: Se il venditore è stato leso oltre i sette duodecimi nel prezzo di un immobile, ha il dritto di chiedere la rescissione della vendita (art. 1674). Nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa (soggiunge il detto codice) il compratore ha la scelta o di restituire la cosa restituendo il prezzo, o di ritenerla pagando il supplimento al giusto prezzo, colla deduzione di un decimo del prezzo totale (articolo 168).

Se ne'contratti bilaterali (dice il cod. aust.) una delle parti non ha nemmeno ricevuto la metà di ciò che diede all'altra, secondo il valore ordinario, la legge accorda alla parte lesa il dritto di domandare la rescissione del contratto, e che le cose siano restituite nel pristino stato. Ma è libero all' altra parte il far sussistere il contratto mediante il supplimento di ciò che manca all'ordinario valore.

Si dee però osservare che la mancanza di proporzione nel valore della cosa si dee calcolare in relazione al tempo del conchiuso contratto. *Minus dimidia iusti pretii, quod fuerit tempore venditionis*, dice la legge 8, in fin., cod. *De rescindenda venditione*; e nelle convenzioni in genere, *id tempus spectatur, quo contrahimus*, dice la legge 144, § 1, Dig. *De regulis iuris*; così il codice civ. franc., art. 1675. Dal che segue che nella valutazione di un fondo non si dee aver riguardo, per esempio, alla scoperta che il compratore ha potuto fare di un tesoro o di una miniera dopo il contratto. Questa scoperta è una buona fortuna, sopra la quale il venditore non ha nulla a pretendere.

Ora si domanda se il compratore che restituisce il giusto prezzo, debba altresì gl'interessi del supplimento dal giorno ch' è entrato nel possesso della cosa venduta? Cuiaccio ha sostenuto l'afferma-

tiva, sul fondamento che gl'interessi sono l'equivalente del godimento della cosa, e che non sarebbe cosa giusta che il compratore godesse nel tempo medesimo della cosa e del prezzo.

Ma Domat decide al contrario cha gl'interessi non possono essere dovuti che dal giorno della domanda; e siffatta decisione è fondata sulla ragione che non si dee presumere che il compratore abbia conosciuta la lesione, fino a tanto che il vanditore non se n'è doluto, e non glie l'ha data a conoscere: quindi dee considerarsi che il compratore sia stato fino a quel tempo possessore di buona fede del fondo, e che abbia avuto, in tal qualità, il dritto di goderne, senza essere obbligato a pagare questo godimento cogl'interessi del supplimento al giusto prezzo anteriori alla domanda.

Quest' ultima opinione è consacrata dal codice civile francese. Se il compratore (sono queste le sue espressioni) elegge di ritenere la cosa pagando il supplimento a norma dal precedente articolo 1681, egli è tenuto all' interesse del supplimento medesimo dal giorno della domanda. Se preferisce di restituirla e di ritrarne il prezzo, egli dee i frutti dal giorno della domanda. L' interesse del prezzo ch' egli ha pagato, è a lui parimente computato dal giorno della domanda medesima, o dal giorno del pagamento, se non ha percepito alcun frutto (art. 1682).

Si domanda, se il compratore che soffre una lesione enorme nel prezzo, abbia egli del pari che il compratore un' azione rescissoria per far annullare il contratto o di domandare la restituzione dell' eccedenza del prezzo medesimo? Molineo, Pothier, Voet e molti altri sostengono l' affermativa, per la ragione che essendo della natura de' contratti commutativi che una delle parti non dia ciò di cui essa stessa non può ricevere l'equivalente, questi contratti sono viziosi, e come tali, debbono essere rescissi, allorchè una delle parti soffre una lesione enorme; eglino pretendono quindi che l' azione rescissoria competa tanto al compratore quanto al venditore. Cuiaccio ed altri sono di contrario parere e pensano che l'acquirente in età maggiore non possa far annullare la vendita sotto il pretesto della lesione ch' egli soffre, atteso che il compratore non abbia comperata che per una conseguenza della sua affezione, e per pagare quella che il venditore stesso aveva per la cosa venduta, ciò che non può affatto valutarsi. Aggiungono inoltre che per la giurisprudenza anteriore agl' imperatori Valentiniano e Massimiano, un contratto di vendita, rivestito delle sue formalità, non poteva più essere reciso, nemmeno per causa di lesione enorme, e che quegl' imperatori avendo stimato a proposito di accordare il beneficio della restituzione in favore del venditore leso oltre la metà del giusto prezzo, soltanto in suo favore essi fecero una eccezione alla regola generale. In fatti la legge 2, cod. *De rescindenda venditione*, non parla che del venditore e non del compratore; dessa non è, per conseguenza, che una eccezione in favore del primo: ora è un principio che

l'eccezioni sono di dritto stretto, e debbono essere limitate al caso ch'esse decidono: d'onde conviene trarre la conseguenza che la conseguenze che la citata legge non avendo derogato al dritto comune in favore del compratore, non può egli esercitare verun'azione rescissoria a motivo di lesione. Il cod. aust. ha sanzionata la prima opinione; il cod. franc. ha sanzionata la seconda.

Dalla regola generale dal cod. aust. non si eccettua il caso della vendita delle cose mobili; mentre, al contrario, l'art. 1674 del cod. franc. accorda il rimedio della lesione solo nel caso di cose immobili, scostandosi anche dal dritto romano, che non esclude tale rimedio, sebbene si trattasse di oggetti mobili.

L'azione, di cui trattasi, potrebbe forse essere esercitata nel caso che si fosse stipulato col contratto che il venditore rinunsiava al beneficio della restituzione accordato dalla legge? Fachineo pretende che, in simil caso, il venditore debba essere dichiarato inammessibile, per la ragione che a ciascuno è permesso di rinunziare alle leggi che sono a suo favore introdotte, e che riguardano se non un interesse particolare, e che un tal venditore debba essere assomigliato ai fideiussori, i quali possono validamente rinunziare al beneficio di divisione ed a quello della discussione. Ma Pothier pensa che la rinunzia alla restituzione accordata dalla legge non deve essere di verun riguardo per impedire la rescissione del contratto.

In fatti, dice egli, l'errore in cui era il venditore intorno al giusto valore del fondo, o le circostanze che lo hanno obbligato a vendere a vil prezzo, lo hanno similmente determinato a far la rinunzia di cui trattasi, donde segue ch'egli non deve essere meno restituito contra questa rinunzia che contra il contratto di vendita. Se diversamente fosse, la legge, colla quale si volle por freno alla cupidigia di coloro che profittano dell'altrui bisogno per ispogliarli dei loro beni, comperando per un prezzo assai minore del giusto, sarebbe una legge illusoria; perciocchè questi tali compratori non mancherebbero di far inserire nel contratto la rinunzia del venditore al benefizio della detta legge.

Il codice francese sublima quest'ultima opinione al grado di legge; poichè ammette il venditore a domandare la rescissione della vendita, *quand' anche nel contratto avesse rinunziato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione ed avesse dichiarato di donare il di più del valore* (art. 1674). Secondo il cod. aust. il rimedio legale competente alla parte lesa non ha luogo: se vi abbia espressamente rinunziato, o abbia dichiarato di pagare per singolare affezione un prezzo straordinario; se conoscendo il vero valore, avesse acconsentito, ciò non ostante, ad uno fuori di proporzione; se dai rapporti personali si debba presumere che siasi voluto fare un contratto misto a titolo oneroso a lucrativo; se il vero prezzo non possa più riconoscersi (art. 935).

Coerentemente alla legge 5 cod. *De iure fisci*, ed alla legge 2, cod. *De fide et iure hastae fiscalis*, il cod. francese prescrive che la rescissione a titolo di lesione non abbia luogo in tutte le vendite, che, a' termini della legge, non possono farsi se non coll'autorità giudiziale (articolo 1685); e così pure il cod. aust. dichiara che il rimedio della lesione non ha luogo, se la cosa sia stata venduta dal giudice all'asta (art. 935). Disputossi anche circa il caso delle vendite avvenute mediante asta pubblica dietro ordine del giudice, distinguendo il caso in cui il decreto appartenesse alla solennità dell'alienazione, ed il caso in cui il decreto fosse conseguenza di una esecuzione ordinata dal giudice in satisfacimento de'creditori: possono vedersi massimamente presso il Richerio, *Univ. civ. et crim. iurispr.*, tom. X, §§ 1098, 1102.

Secondo il dritto romano fu disputato, se una transazione potesse rescindersi per lesione enorme, o per la enormissime. Vinnio, Fachineo, il Menochio ed altri opinarono negativamente. L'affermativa venne sostenuta da parecchi, fra i quali si annoverano Baroli, Cagnola, Pinelli riguardo anche alla lesione enorme. Altri, e con essi la pratica forense, tennero che per lesione enormissima si potesse rescindere la transazione. Richerio, *Univ. civ. et crim. iurisp.*, tom IX,, Il cod. franc. (art. 2052, ed il cod. aust.) decidono che le transazioni non possano impugnarsi per causa di lesione.

Il cod. franc. nulla dice rispetto alla lesione nei contratti di sorte. Bensì il cod. aus. dichiara che in questi contratti non ha luogo il rimedio della lesione oltre la metà del valore.

Può altresì, secondo il codice franc., aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi prova di essere stato nelle divisioni leso oltre il quarto. La semplice ommissione di un oggetto dell'eredità non fa luogo all'azione di rescissione, ma soltanto ad un supplimento alla divisione (art. 887); e ciò è in armonia colla legge 1, cod. *Familiae erciscundae*. e colla legge 20, § 4, Dig. eod. tit. L'azione di rescissione sarà pure ammessa contra qualunque atto, il quale abbia per oggetto di far cessare la comunione tra i coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, o di qualunque altra specie. Ma dopo la divisione, o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammissibile contra la transazione sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite incoata (art. 888). Per riconoscere se vi sia stata lesione, si fa eseguire la stima degli effetti giusta il loro valore all'epoca della divisione (art. 890). Quegli ch'è convenuto coll'azione di rescissione può troncare il corso della medesima ed impedire una nuova divisione, offrendo o rilasciando all'attore il supplimento della sua porzione ereditaria o in denaro o in natura (art. 891).

Pel dritto romano l'azione dipendente dalla lesione, al pari delle

azioni personali, durava trent'anni (Voet, *Ad pandectas*, til. *De rescindenda venditione*, n. 4). Secondo il codice francese, la domanda non è più ammissibile, decorsi due anni da computarsi dal giorno della vendita (art. 1676). Giusta il cod. aust. si prescrive l'azione col corso di tre anni.

LETTERA DI CAMBIO. — Vedi *cambiali*.

LETTERA DI CREDITO. — Vedi *credito*.

LETTERA MISSIVA. Le lettere missive solite scriversi tra i negozianti corrispondenti per informarsi dei loro reciproci affari e darsi vicendolmente gli ordini opportuni circa le loro operazioni di commercio, hanno forza di obbligare lo scrivente, il ricevente ed anche i terzi; trovandosi esse registrate si debbono considerare come lo stesso libro mercantile ed obbligano perfino come pubblico istromento.

Qualora le lettere missive saranno ricevute ed accettate da un negoziante, avranno forza d'indurre la confessione della trattativa di un negozio (l. 26, § 2, Dig. *Depositi*). Non potranno però tali lettere accettarsi da una parte ed essere riprovate in un'altra quantunque il mandato talvolta in esse contenuto possa essere in parte approvato o rifiutato (l. 27, § 12, Dig *De liberat. legata*).

La confessione fattasi in una lettera missiva circa le merci ricevute da un altro, o riguardo alla ricognizione di un debito quantunque non induca obbligazione, sarà però sufficiente per formare una prova della medesima (l. 26, § 2, Dig. *Depositi*).

Gli assenti trattando per mezzo delle lettere missive come se fossero presenti, ragion vuole che tra lo scrivente e l'accettante della lettera, s'intenda realmente dato il mutuo consenso dei negozii nelle medesime trattati e convenuti.

Il negoziante che abbia ricevuto una lettera del suo corrispondente e non abbia contraddetto alle operazioni in essa indicate, si considera aver egli approvato le medesime e voler concorrere collo scrivente (Casaregis, *De com. discept.* 40. n. 63, 64, e disc. 102, n. 54).

Qualora consti dal carteggio di due negozianti quale sia l'intelligenza tra essi passata, non si potrà attribuire alle parole di una lettera, ancorchè dubbie, altro significato distruttivo della espressa precedente volontà dei medesimi. Quindi le parole di una lettera si debbono generalmente intendere in quel senso che è verisimile e più conveniente a chi le ha scritte e nel modo più utile al corrispondente (Casaregis, ivi, disc. 57, n. 6, 10; dis. 58, n. 17, 18, 19; disc. 19, n. 30, 31, 32 e seg.).

Un negoziante potrà fondare le sue pretese sopra una lettera, qualora al tempo del già eseguito mandato non avesse ancora ri-

cevuta la medesima, giacchè la ratifica non ha mai luogo ove l'atto non è confermabile (Casaregis, ivi, disc. 119, n. 49).

Trattandosi della pura intelligenza di un carteggio; da cui soltanto dipenda il sapere quale sia il mandato passato tra i due corrispondenti, si prende il giudizio dei negozianti a cui si dee stare come pratici dello stile di commercio e modo di scrivere mercantile circa le commissioni e mandati che sogliono darsi vicendevolmente (Casaregis, ivi dis. 56, n. 3.; disc. 119, n. 52, 53. 54).

Per le combinate disposizioni del codice di commercio il copialettere può far pruova in giudizio come il giornale e l'inventario Vedi (*libri mercantili*). Fissato questo principio ognuno comprende quanto importante sia il fissare gli altri principii pel quali si reggono le contrattazioni concluse per lettera. Questi principii stanno sul dritto generale. La loro applicazione alle facende commerciali sarà per questo solo eccezionale, che i bisogni e la buona fede del commercio accrescono largamente l'arbitrio concesso al giudice nella valutazione delle prove.

LETTERA DI RACCOMANDAZIONE. È una lettera scritta da un privato ad un altro in favore di un terzo, colla quale colui che scrive raccomanda all'altro la persona di cui gli parla e lo prega di favorirla e di rendergli servigio. Queste tali lettere non producono veruna obbligazione da parte di colui che le ha scritte, ancorchè egli assicurasse che quegli di cui parla, è uomo di onore e di probità ch'è buono e solvibile, ovvero nello stato da poter adempiere ad un tal impegno. Sarebbe altrimenti se colui che scrive tali lettere, specificasse ch'egli risponde dei fatti della persona raccomandata, e delle somme che le si potrebbero affidare. In tal caso, non è più una semplice raccomandazione, ma bensì una malleveria. — Vedi *fideiussione*.

LETTERE COMMENDATIZIE. *Litterae commendatitiae* nella pratica della curia romana chiamansi le lettere di raccomandazione che un superiore ecclesiastico dà a qualcuno e che sono dirette ai vescovi vicini, od altri superiori ecclesiastici.

LETTERE CREDENZIALI. Lettere credenziali o semplicemente *credenziali* (*literae fidei seu credentiales*) sono quegli scritti di Stato, nei quali si attesta che da una nazione o dal capo supremo di essa viene affidata ad una persona che chiamasi ambasciatore, o legato, la facoltà di trattare solennemente gli affari pubblici verso un'altra nazione.

Dovendo l'ambasciatore rappresentare la sua nazione presso una altra potenza, è necessario ch'egli ne sia autorizzato; ed è pure necessario che la potenza cui è indiritta la sua missione sia instrutta di tale autorizzazione.

Cio ch'è essenziale nel contenuto delle credenziali si riferisce agli oggetti seguenti: chi fu inviato, da qual persona fu mandato, a chi fu spedito, per quali affari fu accreditato, con qual potere e con qual carattere fu spedito. Laonde tali lettere spedite dal Sovrano che invia l'ambasciatore, e diretta a quello che lo riceve, contengono il fine generale della missione, il nome ed il carattere dell'agente diplomatico e la domanda di prestar fede a ciò ch'egli dirà a nome del suo mandante. La forma della lettere credenziali è arbitria. Una sola lettera credenziale può bastare per due agenti inviati in una sola volta. Un solo agente diplomatico può avere più lettere credenziali, qualora sia accreditato presso diverse nazioni o presso una sola, ma sotto qualità differenti. Questi poteri dell'abasciatore risultanti dalle credenziali possono essere o *speciali* o *generali*, secondochè lo autorizzano a trattere o sopra un affare determinato, od anche soltanto sopra alcune azioni isolate, o in genere sopra tutte le specie di negoziazioni. In entrambi i casi possono essere *limitati* od *illimitati*; questi ultimi sono chiamati *pieni poteri* propriamente detti (*mandatur cum libera, sive plenipotentia*).

Dalle credenziali debbonsi distinguera le *istruzioni* date da una nazione el proprio ambasciatore. Le istruzioni non sono altro che uno scritto, con cui si prescrive all'inviato il modo che dee osservare nelle trattazione degli effari di cui fu incaricato. Al mandante eppartiene naturalmente il dritto di far conoscere al suo procuratore le proprie intenzioni circa gli oggetti pei quali dee trattare in suo nome, di prescrivergli in proposito delle norme che gli servano di direzione nella sua condotta. Queste instruzioni possono essere *ostensibili*, cioè teli ch'è lecito all'ambasciatore di mostrarle, oppure *secrete*, vale a dire che debbono essera dal medesimo tenute nascoste.

Prima che l'embasciatore abbia presentate la sue credenziali e fatti conoscere i suoi poteri, non può pretendere ai dritti di ambesciatore; e non si può trattare con lui in una maniera sicura ed obbligatoria. Le credenziali, le instruzioni ostensibili e fatte realmente conoscere, sono fondamenti giuridici della validità dei patti conchiusi dall'ambasciatore, e quindi i mezzi per giudicare se obbligeno il suo Stato; o se si risolvano in mere pubbliche *sponsioni* (Vedi *trattati*); perciocchè coi patti principalmente in tanto si contrae una obbligazione, in quanto si è dichiarato di volerla contrarre, e questa dichiarazione è riposta nella credenziali, e nei poteri accordati all'inviato embasciatore. Laonde tutto ciò ch'egli ha fatto entro i loro confini è valido ed obbliga il suo mandante, ossia la sovranità che lo ha spedito; ciò poi che ha fatto oltrepassando i detti limiti non è per esso obbligatorio. Nel primo caso la nazione è obbligata per il fatto del suo ambasciatore ancorchè fosse esso contrario alle sue instruzioni o secrete od ostensibili, ma non fatto conoscere allo Stato, presso cui si trovava, il quale d'altronde

nella credenziali a lui presentate non poteva sospettare l' esistenza di tali instruzioni, poichè nella nostra ipotesi queste instruzioni, servono unicamente per determinare i doveri dell' ambasciatore verso il suo mandante, non già le obbligazioni di lui verso l'altra nazione, ed imputar dee solo a sè medesimo, se la comunicate instruzioni ostensibili furono di tal natura che non potevano essere sospettate dall'altra parte contraente, di maniera ch'essa, appoggiata alle credenziali, ha stipulato in buona fede e validamente. Lo Stato in questo caso ha unicamente il dritto di essere indennizzato del danno sofferto da colui che ne fu ingiustamente la cagione. A questo riguardo i pubblicisti non sono tra di loro d'accordo nel determinare la ragione, per cui un ambasciatore è responsabile verso il suo Sovrano. Alcuni asseriscono che questa sua obbligazione deriva *ex mandato*; altri dicono *ex iussu*, se l'ambasciatore è un suddito del Sovrano, *ex mandato*, se non lo è.

La costumanza delle nazioni d' Europa è pienamente conforme a questi principii circa la necessità che gli ambasciatori siano muniti delle corrispondenti credenziali, da cui risulti la natura e l' estensione dei loro poteri. Un pieno potere o ciò che chiamasi *mandatum seu actum ad omnes populos*, è estremamente raro, anzi ai nostri giorni non ne abbiamo esempio. La forma esterna delle credenziali è arbitraria. Vengono concepite o in forma di *lettere patenti* (*mandatum procuratorium*) oppure possono essere sigillate e chiamansi allora *lettere credenziali* propriamente dette. Ordinariamente si dà la preferenza alla prima delle indicate forme quando l' ambasciatore dev' essere accreditato presso un congresso di ministri o di ambasciatori ; si adopera invece la seconda, qualora debba risiedere presso una corte. In questo ultimo caso si usa di dare una lettera di cancelleria. Anche una lettera di gabinetto, quantunque meno solenne, sarebbe egualmente valida, supposto che contenga le parti essenziali delle credenziali. È mestieri che il tenore dei poteri sia preventivamente conosciuto da colui, al quale debbono essere presentati, onde sappia, se debba determinarsi a riceverli, e determini il cerimoniale da accordarsi all' ambasciatore. Perciò l' inviato, avanti la sua prima udienza, è tenuto a mostrarle se sono in forma di lettere patenti, o sotto *sigillo volante*, o a presentarne (ordinariamente al ministro degli affari esteri) una copia autentica se sono sigillate. Oltre le credenziali, agli ambasciatori vengono date anche delle istruzioni che servir debbono loro di norma alla trattazione degli affari di cui sono incaricati. Qualche volta sono date loro verbalmente, ma in genere sono riunite in uno scritto particolare che viene consegnato all' ambasciatore al cominciamento della sua missione, egli è obbligato ad attenervisi nella trattazione degli affari. Queste istruzioni nel seguito della negoziaziazione vengono non rare volte modificate, o aumentate, o cambiate. Ordinariamente debbono essere tutte tenute secrete, e l' ambasciatore non

può farne un uso pubblico se non in conseguenza di un ordine espresso del suo governo; in questo caso è spesso munito di una doppia specie d' istruzioni, secrete le une, ostensibili le altre. Le istruzioni sono la legge e la norma per l' ambasciatore circa il modo di condursi, dalla quale non può allontanarsi senza correre pericolo di compromettere gl' interessi dalla propria nazione. Nella redazione delle istruzioni dee usarsi la massima circospezione. È mestieri non avere soltanto riguardo ai fatti ed alle negoziazioni precedenti, ma eziandio osservare i rapporti momentanei delle potenze, e prevedere le possibili conseguenze degli avvenimenti. Non si dee ommettere ciò che può illuminare l' ambasciatore, senza però perdersi in vane particolarità, le quali potrebbero essergli di gravissimo inciampo. Qualche volta all' ambasciatore vengono date dal suo Sovrano, o da chi lo rappresenta in questa materia, delle lettere di raccomandaziona pei membri della famiglie, e pei distinti funzionarii del Sovrano presso cui è accreditato; per esempio, per la moglie dell' imperante, pel principe ereditario, pel ministro degli affari esteri, pei membri del governo, se è una repubblica, per le autorità locali del paese in cui si riunisce il congresso. Gli ambasciatori presso la Porta Ottomana sono sempre muniti di una lettera di raccomandazione pel gran-visir.

LETTERE MONITORIE O MONITORIALI. Erano lettere, colle quali il Papa pregava altre volte gli ordinarii di non conferire certi benefìcii. In seguito i Papi mandarono lettere precettoriali per obbligerli, sotto qualche pena, ad obbedire; e siccome le lettere non bastavano per rendere la collazione degli ordinarii nulla, così eglino spedivano lettere esecutorie, non solamente per punire la contumacia dell' ordinario, ma eziandio per annullare la sua collazione.

LETTERE PACIFICHE. Chiamavansi così altre volte alcune lettere che i vescovi od i corovescovi davano ai sacerdoti che dovevano fare qualche viaggio: erano propriamente lettere di raccomandazione, o come si dice al dì d' oggi, *lettere testimoniali*, colle quali si attestava che il portatore era cattolico ed unito col capo della chiesa. Chiamavansi pure *lettere canoniche*, *lettere comunicatorie*, *lettere ecclesiastiche e lettere formate*. Il concilio di Antiochia dell' anno 341 vieta di ricevere straniero alcuno se non è munito di lettere pacifiche, vieta esiandio ai secerdoti della campagna di darne di questa specie, nè altre lettere canoniche, se non ai vescovi vicini, ma permette ai vescovi di dar lettere pacifiche.

LETTERE PATENTI. Sono lettere emanate dal Sovrano, a contrassegnate dal suo gran sigillo. Chiamansi patenti perchè riman-

gono aperte. Sotto il nome di lettere patenti si comprendono in generale tutte quelle che portano, ordinanze, editti e dichiarazioni, che formano leggi generali; ma più comunemente sono quelle date a qualche provincia, città, o comunità, od a qualche privato, a fine di accordar loro qualche grazia, privilegio od altro dritto.

LETTERE DELLA PENITENZIERIA. Sono quelle che vengono rilasciate dal tribunale della Penitenzieria nel caso in cui taluno debba rivolgersi a quel tribunale per ottenere dispensa degl' impedimenti del matrimonio, od assoluzioni da censure, ec.

LETTERE TESTIMONIALI. Sono quelle che un superiore ecclesiastico dà a qualcuno dei subordinati, tali sono le lettere che il vescovo dà ai clerici per attestare che hanno ricevuto la tonsura, i quattro ordini minori o gli ordini sacri; tali pure sono le lettere che un superiore regolare dà a qualcuno dei suoi religiosi per attestare la sua buona vita e costumi od il congedo che gli è stato dato, ec.

LIBELLO. Questo vocabolo ha più significati. Libello di divorzio o di ripudio (*libellus repudii*) è l'atto, col quale un marito notifica a sua moglie che egli intende di ripudiarla, (*ripudio separazione*). Libello significa altresì l'oggetto di una petizione, ossia domanda.

LIBELLO FAMOSO. È uno scritto ingiurioso che offende l'onore o la riputazione di qualcheduno.

La ingiuria risultante da questa specie di libello è molto più grave dell' ingiuria verbale, sia perchè d'ordinario essa è più meditata, sia perchè maggiormente si divulga e si perpetua. Un ingiuria che lede l'onore è più sensibile ad un uomo dabbene, di alcuni oltraggi nella sua persona.

Per la legge delle dodici Tavole a Roma il libello famoso assoggettava il suo autore alla pena capitale; ma anche prima del tempo di Augusto la legge si contentò di un castigo corporale. Sotto l'imperatore Valentiniano tornò ad essere delitto capitale non solamente pel suo autore, ma eziandio per colui che lo avesse pubblicato ed anche per chi avesse negletto di sopprimerlo, se poteva — Vedi *ingiurie*.

LIBERAZIONE. È l'atto, mediante il quale taluno viene sciolto o liberato da un debito, da una esecuzione, da una servitù, o da qualche altro carico.

LIBERAZIONE (LEGATO DI) — Vedi *legato*.

LIBERTA' CIVILE. È la libertà naturale posta nelle mani del Sovrano. Essa chiamasi anche *libertà sociale*. La libertà naturale nello stato estrasociale era soggetta a molti inconvenienti che spesso avrebbero potuto renderla pericolosa a quegli stessi che avessero voluto esercitarla. L' uomo isolato e fuori della società civile, spinto sempre dalle passioni, avrebbe sovente deviato dalla retta ragione, con grande scapito dalla tranquillità pubblica. E, in vero, se, ad onta della instruzioni che la civile società ci procura, se, ad onta dello sviluppamento della nostra ragione che dee farci conoscere i nostri veri dritti e distinguerli da quelli degli altri, se, diciamo, ad onta di questi soccorsi, la metà degli uomini è in lotta coll' altra metà per rivendicare i suoi pretesi dritti; quanto più infelice non sarebbe stata la sorte dell' uomo abbandonato a sè stesso? Quanto più cieco riguardo ai suoi veri dritti, quanto più sfrenato nelle sue passioni non sarebbe egli stato? La libertà naturale avrebbe dessa prodotto altri effetti che quelli di una spaventosa rapacità, della totale distruzione dell'umanità? D'altro canto colui che avesse voluto far valere i proprii dritti, avrebbe dovuto cimentarsi colle sole sue forze contra una ingiusta aggressione. Ma l'offeso è egli sempre sicuro di superare l'offensore? Al contrario l'offensore non avrebbe egli forse potuto opprimere l' offeso? Ecco dunque sempre compromessi i naturali dritti. Queste sono le ragioni principali per cui gli uomini hanno dovuto determinarsi a rinunziare alla libertà naturale per cangiarla colla libertà civile, e a convenire nello stato sociale.

I vantaggi della libertà civile in confronto della libertà naturale sono:

1. La libertà civile rende l' uomo onesto, sicuro di non essere oppresso dallo scellerato, la qual cosa non sarebbe accaduta sovente nello stato estrasociale e della libertà naturale, in cui il più forte avrebbe sempre oppresso il più debole; avendo il Sovrano nelle mani tutte le forze unite della nazione, siamo sicuri che l' offensore verrà punito in proporzione della gravità della offesa;

2. Rinunziando alla libertà naturale e godendo invece della libertà civile, gli uomini vivono nella più grande sicurezza della loro vita, dell' onore e dei beni, in una parola, di tutti i loro veri dritti naturali.

LIBERTA' NATURALE. È il dritto che la natura ha dato a tutti gli uomini sopra tutto ciò che può contribuire alla loro conservazione.

In conseguenza di questa libertà naturale, l'uomo ha dritto ad una quantità di produzioni della terra che sia bastante al suo nutrimento, e delle materie atte a difenderlo dalle ingiurie delle stagioni, ed ha il dritto di respingere chiunque volesse privarnelo. Per la medesima ragione egli ha il dritto di respingere e di pre-

venire una inginsta aggressione. Ma siccome nello stato di natura tutti gli nomini sono perfettamente eguali, così la libertà naturale appartiene a tutti indistintamente. Per altro i limiti di questa libertà sono le leggi naturali che a niuno nell' esercizio dei proprii dritti è permesso di trasgredire — Vedi *dritti.*

LIBERTI. Chiamavansi in Roma *liberti* per sincope di *quasi-liberati* i servi manomessi. *Veggasi* la legge 4, in fin., Dig. *De iustitia et iure.*

LIBRI MERCANTILI. Una delle più essenziali scritturazioni che si fanno dai negozianti è quella contenuta nei diversi libri di conto detti mercantili, che essi sono obbligati a tenere, sia per l' interesse che possono avere nel riconoscere in ogni circostanza lo stato dei loro affari, sia perchè la legge a ciò li obbliga, prescrivendone la forma e l'ordine.

La celerità indispensabile nelle operazioni commerciali e la buona fede che ne è l' anima, fecero sempre sentire al legislatore che i dritti risultanti ai contraenti dalle contrattazioni commerciali dovevano potersi provare in modi eccezionali. Tra questi modi eccezionali evvi eccezionalissimo quello fondato sul contesto dei libri tenuti dallo stesso contraente, come modo che deroga immensamente dal principio che niuno può essere testimonio in causa propria. Pure questo eccezionalissimo mezzo di prova fu concesso a ciascun negoziante; soltanto la legge si studiò di prescrivere per quei libri che formano prova, forme tali che allontanassero quanto possibile fosse ogni sospetto sopra la veracità del loro contenuto.

Forme legali dei libri. Fra tutti i libri che tiene un commerciante, tre soli sono per esso indispensabili e di tre soli sono segnate dalla legge le forme sacramentali.

Il codice di commercio dice: Ogni commerciante è in obbligo di tenere un libro *giornale* in cui siano iscritti giorno per giorno i suoi debiti e crediti, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, accettazioni o girate di cambiali, e generalmente tutto quanto riceve e paga a qualunque titolo. Questo libro indica mese per mese le somme impiegate per le spese della sua casa, il tutto indipendentemente dagli altri libri di uso del commercio, ma che non sono indispensabili. Egli è pure in obbligo di conservare in forma di mazzo le lettere missive che riceve e di registrare quelle che spedisce (art. 8). Egli è obbligato di fare ciascun anno in iscrittura privata un inventario dei suoi effetti mobili ed immobili, e dei suoi debiti e crediti, e di copiarlo d' anno in anno sopra un libro particolare a ciò destinato (art. 9). Il libro *giornale* e quello degl' inventarii saranno firmati. Il libro *copia-lettere* non sarà soggetto a tale formalità. Tutti però saranno tenuti per ordine di data, senza spazii in bianco, senza lacune o trasporto in margine (art. 10). I libri che si debbono tenere in forza degli ar-

ticoli 8 e 9, ora esposti, saranno numerizzati e firmati o da uno dei giudici del tribunale di commercio, o dal podestà o sindaco del comune, nella forma ordinaria e senza spese. I commercianti saranno obbligati di conservare tali libri per lo spazio di dieci anni (art. 11).

Tre sono adunque i libri veramente essenziali al commerciante: il giornale, gl' inventarii ed il copia-lettere; a questo ultimo è correlativo il fascio delle lettere ricevute. Per questi tre libri ben tenuti potrà sempre ottenersi lo scopo della legge, vale a dire la cognizione della storia esatta delle operazioni di un commerciante. Ogni altro libro sarà un puro corredo ai tre indicati.

Secondo la lettera e lo spirito dell' art. 8 del codice di commercio sopra esposto, il negoziante dee scrivere nel suo giornale qualunque sua operazione economica, benchè non attinente al suo commercio. È indispensabile che per quel libro si possano conoscere ancora siffatte operazioni, le quali possano avere tanta influenza sulla sua sorte in bene od in male.

Qualora un libro mercantile appaia alterato nelle partite in esso contenute, od erroneo od interlineato o postillato, o che vi si riconoscano cancellature od altro che possa dar sospetto di alterazione del medesimo, non avrà più forza in giudizio a provare contra un terzo.

Per maggiormente stabilire la lealtà e credito dei libri mercantili si è stabilito che quanto venisse scritto nei libri mercantili non potesse mai essere del tutto levato, ed occorrendo doversi fare qualche correzione di errore, che potesse bensì cancellarsi lo scritto, ma in modo che resti tuttavia intelligibile.

Affinchè la partita apposta in un libro mercantile abbia forza di obbligare il debitore, è d' uopo che consti essersi fatta la medesima scrittura in tempo che il creditore esercitava la mercatura ed era generalmente considerato per negoziante.

Effetti dei libri mercantili. Il favore del commercio esigeva che si desse ai libri mercantili tenuti in dovuta forma una certa fede onde assicurare le operazioni ed i contratti dei negozianti: si è quindi per ogni dove accordato ai medesimi il privilegio della prova, ma non dappertutto eguale, giacchè si scorge aver essi in qualche parte indefinita fede in giudizio, ed in altre soltanto ristretta fino ad una certa somma, secondo le diverse legislazioni.

Il codice di commercio così dispone tassativamente: I libri che i commercianti sono obbligati a tenere e che avranno tenuto senza osservare le formalità sopra prescritte, non potranno essere presentati, nè far fede in giudizio a favore di coloro che li avranno tenuti, senza pregiudizio di quanto verrà disposto a proposito de' fallimenti e delle bancarotte (art. 13).

Qualora però si trattasse di produrre un libro contro lo stesso scrivente, non vi è alcun dubbio che il medesimo non abbia forza di provare, quantunque non si riconosca tenuto nella forma dalla

legge prescritta, giacchè ella è massima generale che qualunque calcolo, od altro fatto di propria mano ha forza di provare contra colui che l'ha scritto; locchè avrà luogo, quantunque le partite in esso contenute apparissero scritturate da terza mano.

I libri scritturati da un complimentario di una ragione di negozio, alla di cui segnatura si suol dare piena fede ed effetto di obbligare gli altri socii della medesima, hanno forza di provare contra i preponenti approvatori della di lui persona e, per conseguenza, contra la stessa ragione a cui appartengono i libri.

Chiunque accetta in parte le partite scritturate in un libro mercantile, non potrà più impugnare le altre che avessero connessione e dipendenza dalle prime, cosicchè non potrà rigettare la partita in debito quando abbia riconosciute quelle poste in credito, provenienti da una medesima causa, conto e negoziazione.

Il codice di commercio dice: I libri di commercio regolarmente tenuti possono essere ammessi dal giudice per servire di prova fra i commercianti in fatto di commercio (art. 12). La legge non segnò nè poteva assegnare le regole da osservarsi dal giudice in questa valutazione, la quale è tutta rimessa alla sua coscienza. Si osservi inoltre che per la letterale disposizione di questo articolo del codice i libri non possono far prova contro i non commercianti.

Qualora si tratti di dover presentare i libri di un negoziante fallito, dei quali si volesse far uso anche nel tempo della decozione, benchè possano in sè stessi essere sincerissimi, ciò non ostante la prova dei medesimi vacilla in giudizio, tanto più quando siano contra il solito mancanti dei soliti ricapiti e corredo, e si riconoscano inverisimili nelle date e scritturazioni. Questa giurisprudenza però non ha luogo qualora si tratti di provare dai libri del fallito qualche fatto riguardante una terza persona, o quando i libri e le partite in essi contenute appaiano scritturate in tempo abile, ed assai anteriore al fallimento, cosicchè dall'oculare ispezione resti escluso ogni sospetto d'antidata.

Il negoziante in ordine all'art. 11 del codice di commercio sopra esposto è obbligato a conservare i suoi libri per soli anni dieci e così non produrrà verun danno a suo carico il loro difetto oltre quell'epoca.

La procedura austriaca porta che i libri dei negozianti matricolati faranno semipiena prova quando saranno muniti dei seguenti requisiti:

1. Le partite dovranno essere trasportate di mano in mano dalle strazze a dal giornale nel libro maestro del negozio o dal negoziante stesso di sua mano, ovvero per mano di un suo agente, assunto particolarmente per tale incombenza, che sia fidato ed intelligente dei libri di negozio, e non vi potranno essere partite scritte da mani diverse nel medesimo tempo, nè cambiamenti, nè correzioni;

2. Il libro dovrà contenere in buon ordine l'intiero dare ed avere del negoziante;

3. Vi dovrà essere chiaramente espresso l'anno, il giorno e le persone, à cui, o per cui si sarà fatto credito;

4. Le partite scritte nel libro dovranno essere mercantili ed appartenenti a tal libro, e perciò non vi potrà essere descritta partita alcuna estranea al traffico;

5. Il libro dovrà essere scritto in lingua italiana, o tedesca o francese, cioè nella lingua del paese;

6. Il negoziante dovrà essere persona di buona fama, e però qualora avesse fallito, dovrà pienamente constare della sua innocenza. La prova semipiena attribuita ai libri dei negozianti, scritti legalmente, avrà il suo effetto soltanto durante un anno e sei mesi; il termine dell'anno comincerà a contarsi dal giorno del fatto credito, ed i sei mesi si computano dalla scadenza dell'anno in avanti. Perciò, scaduto l'anno dovrà il negoziante formare un estratto ossia conto separato delle partite ancora riscosse a presentare tal conto del debitore, perchè lo sottoscriva, ed in caso di tergiversazione convenirlo in giudizio alla più lunga prima della scadenza dei riferiti sei mesi, altrimenti il libro del negozio non potrà più servire di prova. Egli è tuttavia in facoltà del negoziante dopo la scadenza dell'anno in pendenza del termine dei sei mesi, o di sperimentare la via giudiziale contro il suo debitore, ovvero di contentarsi della sottoscrizione delle partite del suo credito estratte dal libro del negozio. Se però il libro di negozio di un negoziante estero, sull'appoggio del quale egli conviene in giudizio un suo corrispondente di negoziatura dimorante in questi Stati, è tenuto, secondo il prescritto delle leggi del paese, al quale egli appartiene, si dee osservare esattamente il reciproco; conseguentemente ritiene il libro di negozio del negoziante estero contra un corrispondente di negoziatura nazionale la forza di semipiena prova fino a che il negoziante estero è in grado di provare che nel paese, al quale egli appartiene, si attribuisce forza di provare ai libri di negozio di questi Stati.

Esibizione dei libri. Quantunque, secondo il rigore dello stretto gius, sembri che l'attore non possa obbligare il reo convenuto ad esibire i libri od instrumenti affinchè colla domandata esibizione non si tolgano le armi dalle mani del reo (l. 7, cod. *De testib.*; l. 1, ed ult. cod. *de edendo*), tuttavia allorchè concorra una giusta causa che deve essere ponderata dal giudice, può questi soccorrere l'attore, obbligando il reo all'esibizione di ciò su cui fonda quegli la domanda (l. 3, § 9, Dig. *ad exhib.*; l. 2, *de edendo*). Anzi i negozianti sono tenuti non solo all'esibizione dei loro libri di negozio, ma ben anche a quella di qualunque altra scrittura e perfino dei libri di privata memoria (l. 6, § Dig. *de edendo*).

Vi sono due specie di esibizione di libri; cioè di quella parte del loro contenuto relativa all'affare in questione e dell'intero

loro contenuto. La prima specie è la più frequente, ed è quella, sulla quale cadono le più frequenti questioni. La seconda specie non si aveva che in alcune ipotesi tassativamente enumerate dal codice di commercio. La comunicazione dei libri ed inventarii, (esso dice), non può essere ordinata in giudizio, fuorchè negli affari di successione, comunione di beni, divisione di società, ed in caso di fallimento (art. 14).

Il giudice può ordinare anche di ufficio, nel corso di una lite, la presentazione dei libri onde estrarre dai medesimi ciò che riguarda la controversia (cod. di comm., art. 15).

Se i libri, la presentazione de'quali è offerta, richiesta ed ordinata, sono i siti distanti dal tribunale incaricato dell'affare, i giudici possono spedire una requisitoriale al tribunale di commercio del luogo, ovvero delegare un giudice di pace per prendere cognizione ed estendere un processo verbale del contenuto da inviarsi al tribunale committente (cod. di comm., art. 16).

Se la parte, a' di cui libri si offre di prestar fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire il giuramento all'altra parte (cod. di comm., art. 17).

Si osservi che il negoziante, come abbiamo veduto sopra, essendo tenuto a conservare i suoi libri oltre i dieci anni, scorso questo tempo, cessa naturalmente in lui l'obbligo di esibirli.

La procedura austriaca in materia di esibizione di documenti porta: I documenti non dovranno comunicarsi per estratto, ma intieri, e perciò qualora si fosse trascritto un documento da un libro (denominazione che qui significa uno scritto contenente più e diversi atti obbligatorii e non meramente connessi) si dovrà stralciare e comunicare la copia di tutta la partita che riguarda l'oggetto della lite. Quegli che avrà prodotto un documento scritto sarà tenuto a permettere alla parte contraria l'ispezione esatta ed attenta degli originali, semprechè l'abbia giudizialmente, ovvero stragiudizialmente domandata entro la metà del termine prefisso per la presentasione della sua scrittura in causa. Spirata questa metà di termine non può aver luogo l'eccezione che all'originale vi si oppongano vizii visibili. I negozianti, non possono venire obbligati a produrre per l'ispezione i libri avanti un giudice che non si trovi nel luogo del loro negozio.

LICITAZIONE. Questo vocabolo indica la vendita al maggiore ed ultimo offerente di una cosa sia mobile od immobile.

La pratica delle licitazioni è antichissima; noi la teniamo dai Romani, ed è verosimile ch'essi la tenessero da'Greci. Se ne trovano i principi nelle leggi delle dodici Tavole, e nei titoli del Digesto e del codice *familiae erciscundae*, e *communi dividundo*. — Vedi *incanto*.

LIDI DEL MARE. I lidi del mare appartengono senza dubbio

allo Stato. Ma che cosa mai intendesi per lido del mare, ovvero fin dove esso si estende? Secondo il § 3 del titolo 1, del lib. II delle instituzioni di Giustiniano, devesi riputare per lido del mare tutto quel tratto di terra che la più alta ondata del mare può coprire in tempo d'inverno. *Est autem litus maris*, *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit*. Un'ordinanza francese del 1681 dichiara essere lido del mare tutto ciò che il mare stesso copre e discopre durante il novilunio e plenilunio, e fin dove le più tempestose onde del mare possono prolungarsi nelle spiagge.

Nel Repertorio di Merlin, a questa voce, si pretende di conciliare queste due idee di lido del mare. È verosimile, dicesi, che nella compilazione della detta ordinanza, non si abbia considerato parlando generalmente del mare, se non l'Oceano, da cui è bagnata la più gran parte delle coste del territorio francese; ed in tal senso la decisione di questa legge è giustissima, dappoichè in realtà è nel mese di marzo che le onde dell'Oceano inoltransi maggiormente sulle spiagge. I legislatori romani, all'opposto, non avevano in mira che il Mediterraneo, allorchè stabilirono il lido del mare fino a quel punto dove le onde più tempestose possono giungere nell'inverno; ed è indubitato che, in questo mare, le più forti ondate dell'inverno s'inoltrano nelle spiagge molto al di là delle grosse onde del mese di marzo. Che perciò, da noi non si dee considerare la disposizione dell'ordinanza del 1681 se non in riguardo all'Oceano; e seguire, relativamente al Mediterraneo, ciò che prescrivono le leggi romane.

LIGIO. Antica parola che si trova spesso nel dritto feudale. Significa legato al servigio del signore con un vincolo assai più stretto che gli altri vassalli. Questa parola non si adopera mai senza l'addizione di qualche altra; si dice *uomo ligio*, *feudo ligio*, *omaggio ligio*, ec.

Adottiamo di buon grado il parere di quelli che vogliono derivare la parola *ligio* dal latino *ligare*. In fatti questa etimologia è assai analoga ai doveri del vassallo ligio ed alle cerimonie dell'omaggio ligio, la più notevole delle quali era di legare il pollice del vassallo e di chiudergli le mani tra quelle del signore, per fargli intendere quanto gli fosse strettamente vincolato col suo giuramento. — Vedi *feudo*, *omaggio*.

LIMITATIVO. Si dice di ciò che restringe l'esercizio di un dritto ad un certo oggetto solamente, a differenza di ciò ch'è semplicemente dimostrativo, e che indica bensì potersi esercitare un tale dritto sopra un certo oggetto, senza però che questa indicazione impedisca di esercitare quel medesimo dritto sopra qualche altra cosa.

LIMITI. Sono i confini di qualche fondo o territorio. Solone

fece una legge in forze della quale i limiti dei terreni erano distinti da uno spazio di cinque piedi che si lasciava tra i due fondi, per far passare l' aratro; ed affinchè non si potesse sbagliare intorno alla proprietà dei territori, questo spazio di cinque piedi era imprescrittibile.

Siffatta disposizione fu dapprima adottata presso i Romani dalla leggi delle dodici Tavole. La legge Manilia parimenti ordinò che vi fosse uno spazio di cinque o sei piedi tra i fondi vicini. In appresso si tralasciò di lasciare questo spazio, e si vietò di fare la minima restrizione circa i limiti. Questo e ciò che si deduce comunemente della legge *Quinque pedum* del codice, tit. *Finium recundorum*, la quale per altro non è molto chiara. In seguito allorchè si ommise di lasciare uno spazio tra i fondi vicini, si segnarono i confini con sassi o con mucchi di terra.

Ne' primi tempi della fondazione di Roma erano gli Arvali quelli che riconoscevano i confini. Il tribuno Manilio fu soprannominati *Limitaneus*, perchè aveva fatta una legge riguardante i confini. Eranvi come presso noi, gli agrimensori, *mensores*, che i giudici mandavano a segnare i confini.

Ciò che concerne i limiti, e l'azione di confinazione è trattato nei titoli del Digesto e del Codice, *finium regundorum*.—Vedi *confini*.

LINEA. Si prende per un cert'ordine, nel quale alcune persone si trovano disposte di seguito relativamente alla parentela od affinità che hanno tra loro. Distinguonsi più sorta di linee.

LINEA ASCENDENTE. È quella che abbraccia gli ascendenti, tanto rettamente, come i figli, il padre, l'avolo, il bisavolo, e sempre risalendo, quanto trasversalmente ossia collateralmente, come il nipote, il zio, il prozio, ec.

LINEA COLLATERALE. È quella che comprende i parenti che non discendono gli uni dagli altri, ma sono congiunti *a latere*, come i fratelli e sorelle, i cugini e cugine, i zii, i nipoti e le nipoti; e la linea collaterale è ascendente o discendente.—Veggasi *linea ascendente* e *linea discendente*.

LINEA DISCENDENTE. È quella in cui si considerano i parenti discendendo come nella retta, il padre, il figlio, il nipote ossia il figlio di figlio, ec., e nella collaterale, il zio, il nipote, il pronipote, ec.

LINEA EGUALE. È allorquando dei due collaterali l'uno è più lontano dall'altro dallo stipite comune, come il zio ed il nipote, il cugino germano ed il cugino procreato dal germano.

LINEA ESTINTA. Od anche *mancante*, è quella allorquando non si trovano più parenti della linea d'onde procede l'eredità.

LINEA EGUALE. É allorquando due parenti collaterali sono lontani ciascuno dello stesso grado dallo stipite comune. — Vedi *linea ineguale.*

LINEA INEGUALE. É allorquando dei due parenti collaterali l'uno e più lontano dell'altro dallo stipite comune, come il zio e il nipote, il cugino germano ed il cugino procreato dal germano.

LINEA FEMMININA. È quella che procede per via di femmine.

LINEA MANCANTE. — Vedi *linea estinta.*

LINEA MASCOLINA. È quella che procede per via di maschi.

LINEA MATERNA. È il lato dei parenti materni.

LINEA PATERNA. È il lato dei parenti paterni.

LINEA RETTA. È quella che abbraccia i parenti o gli affini che sono congiunti insieme direttamente, e che discendono gli uni dagli altri, come il trisavolo, il bisavolo, l'avolo, il padre, il figlio, il nipote, ossia il figlio del figlio. La linea retta è ascendente o discendente; vale a dire, che si considera la linea retta risalendo, o discendendo: risalendo è il figlio, il padre, l'avolo; discendendo, è *viceversa*, l'avolo, il padre, il figlio, ec.

LINEA TRASVERSALE. È la stessa cosa che linea collaterale.

LINEALE. Dicesi di ciò ch'è nell'ordine di una linea. Una sostituzione è graduale e lineale allorquando la sua progressione segue l'ordine delle linee di grado in grado. — Vedi *grado.*

LIQUIDAZIONE. È l'azione, colla quale si sviluppa, si regola, si determina ciò ch'era intralciato, incerto, indeterminato in materia di affari. Per esempio, allorquando sono dovute più annate di rendite in grani o in danaro, se ne fa la liquidazione determinando la quantità di grani ch'è dovuta, o valutandola ad una certa somma di danaro. La liquidazione dei frutti naturali, la cui restituzione è ordinata, si fa col mezzo delle mercuriali, e dei registri delle parti.

LIQUIDO. Questo vocabolo si adopera parlando di una cosa, la

quale è chiara e di cui la quantità ed il valore sono determinati. Un credito può esser certo senza essere liquido; per esempio, un operaio, il quale ha fatto alcune opere, è indubitatamente creditore del prezzo, ma se non vi è stato contratto fatto per una certa somma, o che la quantità dell'opera non è verificata, il suo credito non è liquido, prima che vi sia stata una misura o stato delle opere, ed una stima. — Vedi *Compensazione*.

LITE-PENDENZA. È il tempo, durante il quale una lite è pendente in giudizio.

Secondo la romana giurisprudenza, la lite-pendenza è un mezzo di avvocare, vale a dire, che quando si è già in causa con qualcuno in una giurisdizione si può avvocare una domanda che è instituita avanti un'altro giudice, se questa domanda sia connessa colla prima causa. La ragione è appoggiata alle conseguenze assurde che ne seguirebbero se la cosa fosse altrimenti. E, in vero: 1. Le cause si moltiplicherebbero all'infinito; invece di una, noi saremmo esposti a sostenerne due o tre nel tempo stesso e per il medesimo oggetto; 2. Dee regnare tra gli oracoli della giustizia, la quale è una, l'uniformità la più grande; e vi nascerebbe grande confusione, grande contrarietà, se dalla lite-pendenza non derivasse una potentissima eccezione.

Ma affinchè la lite-pendenza possa operare il suo effetto, conviene che ciò sia tra le medesime persone, per l'oggetto medesimo, ed in virtù della medesima causa. Inoltre per formare una lite-pendenza, non è necessario che la causa sia contestata, ma basta che il giudice sia adito con un atto di citazione: *Coepta autem esse atque ita pendere lis consuetur, non modo si litis contestatio iam facta sit, sed si sola citatio seu in ius vocatio* (Voet, *in Pandect.*, lib. XLIV, tit. 2, n. 7).

LITIGIOSO. Si dice di ciò ch'è in contestazione, come una eredità, un beneficio, ec., e chiamansi dritti litigiosi, tutti que'dritti che non sono liquidi e che soffrono qualche difficoltà.

LITTORI. I littori secondo Tito Livio (lib. I. c. 8), traggono l'origine da Romolo, il quale per dare uno splendore più grande alla maestà regale, e ad esempio del principale magistrato delle dodici città dell' Etruria, si fece accompagnare da dodici littori armati di scuri e di fasci di verghe. Dopo l'abolizione della regalità essendosene ritenuto tutto l'apparato, i consoli e tutti i magistrati maggiori, come il dittatore, il generale della cavalleria, i pretori n'ebbero del pari i littori, eccettuati i censori che non ne avevano, quantunque fossero magistrati principali della repubblica. La funzione dei littori era di accompagnare dappertutto il magistrato precedendolo. Avevano cura di farsi strada frammezzo la moltitudine, dicendo: *Date luogo, se vi piace: Si vobis videtur*,

discedite, Quirites (Liv., lib. VIII, c.33; Oraz., lib. II, od XVI, vers. 10). Sovente facevano la funzione di carnefici, dando esecuzione alla sentenza del magistrato (Liv., lib. XXVI, cap. 16). Il magistrato dava gli ordini ai littori nel modo seguente: *Va, littore, colpisci il colpevole colle verghe, e puniscilo secondo le leggi. I, lictor, adde virgas reo, e in eum lege age.* In conseguenza di quest'ordine dopo di aver battuto colle verghe il reo, gli tagliavano la testa colla scure. Sembra per altro che ciò non si usasse se non fuori di Roma, nelle armate e nelle provincie, ove le sentenze de' magistrati si eseguivano immantinente e senza appello; perciocchè a Roma vi era un carnefice per l'esecuzione delle sentenze di morte, o forse i littori non l'eseguivano se non sopra i cittadini romani, ed il carnefice sopra gli stranieri, gli schiavi, ed altra bassa gente. Erano i littori di condizione libera, ma tratti dalla più vile plebaglia, e la maggior parte liberti de'magistrati che l'impiegavano (Liv., lib. II, cap. 55; Tacit., *Ann.*, lib. XIII, cap. 27; Cic. in Verr., lib. I, cap. 26).

LIVELLARIO (CONTRATTO). Baldo e generalmente tutti i dottori che lo hanno seguitato sopra la rubrica, cod. *De iure emphyth.*, lo hanno definito in questo modo: Una concessione sia di superficie, sia di fondo fatta o a vita, o a perpetuità, col carico di una lieve corrisponsione annua. Questo contratto non sembra differente dall'enfiteusi, ma se non è differente, perchè dargli un nome diverso? In latino dicesi *libellarius*, che alcuni dotti pensano derivare da *tabella*, sorte di piccola moneta in uso anticamente a Roma, ma non si trova in alcun luogo de' libri de' feudi impiegata la parola *libella* mentre vi si trova spesso la parola *libellus*; d' onde è forza conchiudere che siasi dato a questo contratto il nome di *libellarius*, perchè esso deve essere necessariamente esteso in iscritto e ritenuto in un atto che i latini chiamavano *libellus*, forse a differenza del contratto feudale, per la perfezione del quale non era necessaria la scrittura, bastando, secondo l' antico stile, l'investitura reale o abusiva quando è fatta alla presenza dei pari.

La scrittura è necessaria altresì per la vendita del contratto enfiteutico (l. 2, cod. *De iure emphyt.*) La enfiteusi è dunque una specie di contratto livellario ma, ne differisce come la specie dal genere: ed è cosa evidente che il senso e la locazione a rendita perpetua, sono pure contratti livellari; ma tuttavia questi due contratti differiscono dall'enfiteusi nelle loro qualità naturali.

Il contratto livellario è dunque stato principalmente immaginato per porlo in opposizione col contratto feudale; qualunque concessione perpetua di un fondo fatta col carico di una corrisponsione annua, qualsiansi d' altronde le clausole particolari della convenzione o gli usi de' luoghi, si reputa fatta a titolo di contratto livellario, mentre la concessione del feudo deve essere gratuita (Lib. Feud., I, tit. 5, § 2, e lib. II, tit. 26, § 2).

LIVELLO. Così chiamavansi, secondo le cessate nostre leggi, tanto l'enfiteusi o affittanza perpetua sopra i beni stabili, quanto l'enfiteusi pecuniaria, cioè col mezzo di danaro.

Il livello facevasi quindi in due modi; primo col dare i fondi, le cause od altri beni stabili ad altre persone, le quali pel godimento di essi pagar debbono una determinata contribuzione al livellatore proporzionata alla rendita di essi stabili, e questo chiamasi *livello consignatico*, per cui il dominio utile de' beni stessi passa nel livellario coll'obbligo di pagare le gravezze del fondo livellato, con facoltà anche di alienare il dominio utile salvo il diretto dominio al livellante, il quale per altro deve essere preferito a qualunque altro nell'alienazione. Il secondo modo, con cui si fa il livello è appunto con dar danari sopra un fondo fruttifero, coll'obbligo di corrispondere un tanto per cento; in ciò per altro si dee osservare che tale livello non degeneri in usura. — Vedi *costituzione di rendita*, *livellario contratto*, *rendita costituita*.

Le leggi venete, riguardo a questo contratto, esigevano che dovesse essere fatto in atti di pubblico notaio, in cui si formava una vendita fittizia del fondo obbligato dal livellario al livellatore colla retrocessione di esso livellante al livellario che resta obbligato a pagare al livellante la detta annua corrisponsione ossia canone. Il prezzo convenuto non si poteva, secondo quelle leggi, esigere dal livellante più che in ragione del cinque e mezzo per cento. In forza di tali livelli il livellante, quantunque avesse obbligato un dato fondo a suo favore aveva, tuttavia, per le leggi venete, obbligati a sè tutti i beni del livellario, ancorchè il fondo livellario fosse perito. Il che non aveva luogo ne'censi fatti secondo la bolla di Pio V, ne' quali, nel caso che il fondo fosse perito, cessava anche la contribuzione del censo. Si potevano poi siffatti livelli costituire perpetui o a tempo ed affrancabili. Le città, le comunità, od altre corporazioni o luoghi pii non potevano far livelli nè attivi, nè passivi senza la permissione del senato (legge 27 ottobre 1412; legge 27 giugno 1627, e legge 21 marzo 1748). I livelli a peso dei privati ed a favore delle mani-morte si poteva liberamente affrancare, facendo il deposito del capitale nelle pubbliche casse, ma non a libera disposizione delle mani-morte medesime (Decreto del senato 12 marzo 1768).

LOCATORE. — Vedi *locazione*.

LOCAZIONE-CONDUZIONE. I contratti di locazione sono di due specie; di cose o locazione di opere (cod. franc., art. 1708, cod. aust., §§ 1090, 1151). Tratteremo della locazione di cose nelle sei prime sezioni di questo articolo. Nell' ultima tratteremo della locazione di opere.

Riguardo alla locazione di cose vedremo: 1. Cosa è il contratto di locazione, qual è la sua natura, e quali sono le cose che ne

formano la sostanza; 2. Quali siano le obbligazioni del locatore, le quali nascono da questo contratto; 3. Quelle del conduttore; 4. Ciò che concerne l'esecuzione del contratto di locazione e diritti che essa attribuisce sia al locatore, sia al conduttore; 5. La risoluzione del contratto di locazione; 6. Le tacite riconduzioni e le altre specie particolari di contratti di locazione, delle promesse di affittare e delle caparre.

Sez I.—Che cosa sia il contratto di locazione; quale la natura e quali siano le cose che ne formano la sostanza.

Art. I.—Che cosa sia il contratto di locazione e quale la sua natura.

Il contratto di locazione è quello che si chiama dare a pigione, od a nolo trattandosi di case o di mobili; dicesi pure affittanza quando trattasi di terreni o rendite che ne derivano. Si può definirlo un contratto, col quale l' uno dei due contraenti si obbliga di far godere od usare l'altro di una cosa, durante il tempo convenuto, mediante un determinato prezzo che quest' altro dal lato suo si obbliga di pagare. Quello che si obbliga di far godere l'altro si chiama locatore od affittante; l' altro si chiama conduttore, affittaiuolo, inquilino, e colono o fittaiuolo, quando si affittano beni rurali.

Il codice definisce la locazione di cose per un contratto col quale una delle parti contraenti si obbliga di lasciare all' altra il godimento di una cosa per un determinato tempo e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagare (art. 1709). Il codice austriaco la definisce un contratto, col quale si ottiene l'uso di una cosa non fungibile per un tempo e prezzo determinato (§ 1090).

Questo contratto vi ha molta analogia :

1. È come quello di vendita, un contratto *consensuale*, perciocchè si perfeziona col solo consenso dei contraenti ;

2. È *sinallagmatico*, come il contratto di vendita, perciocchè contiene obblighi reciproci che ciascuno dei contraenti contrae verso l' altro (cod. francese , art. 1102 ; cod. aust., § 864).

3. È *commutativo* come il contratto di vendita, perciocchè ciascuno dei contraenti si propone di ricevere altrettanto di ciò che dà (cod. franc., art. 1104: cod. aust., §§ 864, 921);

4. Nella stessa guisa che tre cose costituiscono il contratto di vendita, la cosa che viene venduta, il prezzo, ed il consenso dei contraenti , tre cose costituiscono pure il contratto di locazione : la cosa locata, il prezzo che si chiama pigione o fitto, ed il consenso dei contraenti (codice francese, art. 1709 ; cod. austriaco § 1098).

La differenza poi che passa fra l'uno e l' altro è che nel contratto di vendita il venditore si obbliga di far avere la cosa al

compratore a titolo di proprietario ed a trasferirgli tutto il dritto ch' egli vi ha. Nel contratto di locazione, il locatore non si obbliga di far avere la cosa al conduttore, ma solamente a lasciarlo godere o usare della medesima (cod. franc. e cod. aust., *ibidem*). Questa differenza tra il contratto di locazione e quello di vendita è essenziale; tuttavia rimane sempre grande analogia tra l'uno e l'altro; e si può anzi dire che il contratto di locazione si risolve in una specie di contratto di vendita; perciocchè il contratto di locazione rinchiude in qualche maniera non la vendita della cosa stessa locata, ma la vendita del godimento e dell'uso della medesima pel tempo che dee durare l'affittanza e la somma convenuta pel fitto è il prezzo. Laonde i Romani qualche volta si servivano della parola compravendita per esprimere il contratto di locazione (l. 19, 20, *De act. empt.*, e Cuiac., ivi). Gli appaltatori delle imposte erano *redemptores*.

La relazione tra questi due contratti è sì grande che alle volte ci troviamo nell'incertezza se un contratto sia di vendita o di locazione. Per esempio, se in un atto fosse detto che io ho ceduto e trasferito il godimento di un tal fondo per un tempo e pel tal prezzo, si domanda se il contratto sia di vendita o di locazione? Siffatta questione non è di puro nome; perciocchè questi contratti hanno effetti ben differenti. Nel contratto di vendita la cosa è a rischio del compratore (cod. franc., art. 1583; cod. aust., § 1064, combinato coi §§ 1048 usque 1051); in quello di locazione essa rimane a rischio del locatore (cod. franc., art. 1722; cod. aust., §§ 1112, 1117).

Il contratto di locazione di cose, come di fondi rustici, è pur molto differente dal contratto di annue rendite. La differenza principale è, che nel contratto di rendita, il locatore, come il venditore nel contratto di vendita si obbliga verso il conduttore a fargli avere il fondo a titolo di proprietario e mediante la tradizione che gliene fa in esecuzione del patto e non trasferisce in lui effettivamente la proprietà, quando n'è egli medesimo il proprietario, dedotto però ogni dritto di reddita foodiaria che intende di conservare. All' opposto nelle affittanze di fondi rurali il locatore si obbliga personalmente soltanto verso il conduttore a permettergli il godimento o l'uso della cosa, non trasferendogli in essa verun dritto mediante la tradizione che gliene fa.

ART. II. — Ciò che costituisce la sostanza del contratto di locazione.

Tre cose, abbiamo detto, costituiscono la sostanza del contratto di locazione: la cosa locata, il prezzo convenuto pel fitto ed il consenso de' contraenti. Tratterremo separatamente di queste tre cose.

§ I. Cosa locata.

Non si può concepire un contratto di locazione senza una cosa, il godimento o l'uso della quale sia concesso dal locatore al conduttore per un tempo convenuto tra di loro. È dunque dell'essenza del contratto di vendita 1. Che vi sia una cosa ; 2. Ch'essa sia suscettiva di contratto di locazione; 3. Che vi sia un godimento od un uso della cosa medesima che formi l'oggetto e la materia del contratto; 4. Che vi sia un tempo durante il quale queste godimento debba durare.

Bisogna che vi sia una cosa locata. Da ciò consegue che se la cosa non formava l'oggetto del contratto non esisteva più al momento del contratto, esso è nullo (cod. franc., art. 1722; cod. aust., §§ 1712, 1117). Per esempio, io ho contrattato pel nolo di un cavallo che io ben conosceva ; il noleggiatore dei cavalli si obbligò di fornirselo tosto che quel cavallo fosse ritornato ; al momento in cui feci tale contratto il cava' o era già morto e quindi la convenzione diviene nulla, perchè mancante di una cosa che n'era l'oggetto e non ne nacce quindi veruna obbligazione. Per altro se il noleggiatore dei cavalli sapeva la morte di quel cavallo e non ne ha avvertito, sarà tenuto verso di me ai danni ed interessi: *In id quod mea interest non fuisse deceptum*. La sua obbligazione in questo caso non nasce dal contratto di locazione non avendo esso mai esito, ma del dolo ch'egli ha commesso verso di me tralasciando di avvertirmene, onde potermi regolare in altra guisa. Egli non sarà ammesso ad offrirmi un altro cavallo in vece dell'altro ; perciocchè posso non avere per l' altro che non conosco la stessa confidenza che aveva in quello di cui io conosceva la bontà e che voleva noleggiare.

È necessario che nel contratto di vendita sia una cosa che ne formi l'oggetto, ma non è necessario che vi sia una cosa determinata; una cosa anche indeterminata ne può formare l' oggetto. Per esempio , posso contrattare con un noleggiatore di cavalli , non solamente pel noleggio di un tal cavallo, che è una cosa determinata, ma pel noleggio di un cavallo indeterminatamente senza specificare quale egli debba fornirmi; questo contratto di noleggio è valido; e per adempiere la sua obbligazione basta che mi dia un cavallo qualunque, purchè sia di una bontà ordinaria e capace di prestarmi quell'uso che io mi sono proposto nel noleggiarlo.

Quali cose possano essere locate. Si può locare qualunque sorta di cose; si possono locare le cose mobili od immobili, case, terreni, ec. Si possono locare non solamente le cose corporali , ma eziandio i dritti incorporali , come dritto di decima o di rendita. Si possono altresì dare in affitto i dritti signorili, ed una tale lo-

cazione comprende i censi arretrati, le multe, i lucri, laudemii o ricognizioni feudali che scadranno nel corso dell'affittanze, ec.

Vi sono altre cose non suscettive del contratto di locazione: per esempio, i beni della Chiesa. Un uomo libero non è suscettivo di essere venduto, ma può locare l'opera sua. Si osservi per oltre che le sole opere ignobili e valutabili a prezzo di danaro sono suscettive del contratto di locazione, come quelle dei servitori, delle serventi, dei manuali, artigiani, giornalieri, ec. (cod. franc., art. 1780).

Quelle opere che per la loro eccellenza e per la dignità della persona che le presta non possono essere valutate in danaro non sono suscettive di questo contratto. Laonde il contratto che interviene tra un avvocato ed il suo cliente che lo incarica del patrocinio della sua causa, non è un contratto di mandato; la somma di danaro che il cliente dà all'avvocato non è il prezzo del servigio che gli presta e che non è apprezzabile, ma è un contrassegno di riconoscenza non incompatibile col contratto di mandato, benchè sia gratuito di sua natura (l. 6. Dig. *Mandati.*).

Sonovi al contrario alcune cose, le quali sebbene suscettive del contratto di vendita, non lo sono del contratto di locazione; tali sono le cose che si consumano coll'uso che se ne fa, com'è il danaro contante, il grano, il vino, ec. La ragione è evidente; poichè è della natura del contratto di locazione, come abbiamo veduto sopra, che il locatore conservi la proprietà della cosa, della quale egli accorda al conduttore il godimento e l'uso, ed in conseguenza il conduttore contrae l'obbligazione di restituirla quando è spirato il tempo durante il quale l'uso gli è stato accordato; ma ognuno vede che ciò non può aver luogo nelle cose che si consumano intieramente coll'uso che se ne fa, e quindi queste non sono suscettive del contratto di locazione.

Sonovi alcune cose che non si possono nè locare, nè vendere; tali sono le cose spirituali, i beneficii, le funzioni degli ecclesiastici. Laonde il contratto col quale uno prende un ecclesiastico per suo cappellano e si obbliga di dargli annualmente una certa somma per onorario, non si annovera tra i contratti di locazione. Questi onorarii sono in vero dovuti, ed il cappellano ha il dritto di domandare in giustizia il pagamento; ma questo debito non nasce da un contratto di locazione; questi onorarii non sono dovuti come prezzo di tali servigi, i quali non sono suscettivi di prezzo e non possono per conseguenza formare la materia del contratto di locazione; ma sono dovuti in virtù di un'altra specie di contratto senza nome, *facio ut des*; per cui in conseguenza di ciò che l'ecclesiastico si obbliga prestare gli ufficii di cappellano l'altra persona dal lato suo si obbliga di dargli la somma convenuta, benchè ciò non sia come prezzo dei detti ufficii.

Non si può locare il beneficio, ma si possono locare e dare in affitto le rendite del beneficio.

Il dritto di patronato o di presentazione a' beneficii ecclesiastici è un dritto spirituale, che per conseguenza non è suscettivo in sè stesso nè di contratto di vendita, nè di contratto di locazione e la vendita e la locazione che fosse fatta di questo dritto sarebbero contratti nulli e simoniaci che non potrebbero produrre veruna obbligazione tra le parti contraenti.

Benchè il dritto di patronato non si possa vendere separatamente dalla terra, alla quale è annesso, si reputa essere venduto colla terra, come facente parte delle dipendenze della terra stessa, quando questa è venduta e passa al compratore. Al contrario nell'affittanza della terra, per generale ch'essa sia, il dritto di patronato non abbraccia se non i dritti utili e pecuniari, non già quelli che sono puramente onorifici, com'è il dritto di patronato.

Le cose consecrate al culto divino, *res divini iuris* non sono suscettive nè del contratto di locazione, nè del contratto di vendita; per esempio, non si può affittare una chiesa, un cimitero. È tollerata per altro l'affittanza delle panche e delle sedie delle chiese; si tollera pure l'affittanza dell'argenterie, degli apparamenti e del suono delle campane per l'esequie che si fanno nelle chiese.

Si può pur locare il taglio dell'erba che cresce nei cimiteri, e la mondatura degli alberi che vi sono; perciocchè queste cose diventano profane tosto che vengano staccate dal terreno.

Le cose di pubblico dritto (*publici iuris*), vale a dire destinate agli usi pubblici, come le piazze pubbliche, le strade pubbliche, non sono suscettive nè di contratto di locazione, nè di contratto di vendita.

Nel regime della feudalità il dritto di caccia era inerente alla persona del signore e si esercitava sopra le proprietà altrui. Al di d'oggi esso deriva dalla proprietà stessa ed è circoscritto dai limiti delle proprietà. Si può dunque locare il dritto di caccia, come il dritto di pesce e come tutti gli altri dritti incorporei.

La legge 44, Dig. *Locati*, dice che non si può locare il dritto di servitù: *locare servitutem nemo potest*. In questa legge si parla del dritto di servitù prediale, ed il senso è che il proprietario di un fondo al quale è annesso un dritto di servitù nel fondo vicino non può affittare ad un altro questo suo dritto di servitù separatamente dal suo fondo. Per esempio, se il fondo A ha un dritto di pascolo nel fondo B; il proprietario del fondo A non può affittare separatamente dal suo terreno il dritto di servitù all'agricoltore del fondo C; la ragione si è perchè questo dritto di pascolo non può esercitarsi se non per l'utilità del fondo A al quale è dovuto, ed il proprietario del fondo serviente non è tenuto a soffrire se non il bestiame che serve alle coltivazione del fondo al quale la servitù è dovuta. Bisogna però intender bene la citata legge 44, Dig. *Locati*. Non v'ha dubbio che Tizio non possa locare ad un altro, per esempio, il dritto di passaggio acconsentito a suo vantaggio e per andare al proprio fondo; è in questo senso

che spiegare si dee la citata legge. Ma in qualunque altro caso si può locare una servitù, com'è il dritto di passaggio, perchè le servitù sono mobili od immobili e tanto i mobili quanto gl'immobili sono suscettivi del contratto di locazione.

Risulta da ciò solamente che tali affittanze non sono suscettive di cessione, quando vi osta la natura stessa della cosa locata, ed a ciò si applica la detta legge 44, Dig. *Locati.*

Quando poi il proprietario del fondo A ha locato il suo fondo, il dritto di servitù dovuto al fondo stesso è compreso nell'affittanza del fondo medesimo, ed il conduttore ha dritto di far pascolare il suo bestiame nel fondo serviente; perciocchè egli esercita questo dritto per l'utilità del fondo A che tiene in affitto, ed a cui il dritto stesso è dovuto.

Quando il proprietario di un fondo accorda al suo vicino per un determinato numero di annate o per un determinato prezzo all'anno, la facoltà di far pascolare i suoi armenti, o la facoltà di passaggio o di attinger acqua, ec., questo contratto non richiede l'affittanza di alcun dritto di servitù, ma piuttosto l'affittanza del fondo stesso per questo uso.

Il dritto personale di uso di un fondo non è suscettivo del contratto di locazione; perciocchè questo dritto essendo limitato all'uso della persona stessa a cui questo dritto è dovuto, questa persona non può accordare ad un altro la facoltà di usarne; e per conseguenza non può locare ad un altro il suo dritto. È diversamente rispetto al dritto di usufrutto; questo dritto attribuisce all'usufruttuario la piena ed intiera facoltà di disporre di tutti i frutti che si percepiranno nel fondo per tutto il tempo in cui durerà questo dritto, e quindi viene di conseguenza che egli può affittarlo; ed affittando il suo dritto di usufrutto gli viene propriamente a locare il fondo, egli ha il dritto medesimo che dà in affitto, piuttosto che il dritto di usufrutto.

Nella stessa guisa che si può vendere la cosa altrui (l. 28, Dig. *de contrah. empt.*), del pari si può locare la cosa altrui, non solamente quella di cui si ha il dritto del godimento, ma quella, nella quale non si ha veruno dritto; non già che si possa con questo contratto trasferire al conduttore il dritto di godere e di usare della cosa che ci appartiene, ma si può locare la cosa altrui in quanto che il contratto obbliga alla garanzia verso il conduttore, nel caso che venga impedito nel godimento della cosa medesima.

Secondo il gius romano si può disporre della cosa altrui, sia per vendita, sia per donazione, sia per locazione. Il codice francese ha espressamente abolito questa sorta di vendite e di donazioni. Ora si domanda se, secondo il detto codice francese, si possa locare la cosa altrui? La facoltà di donare o di vendere la cosa altrui autorizzata dal gius romano non si trova abolita se non rispetto alla vendita ed alla donazione; d'onde risulta che

il legislatore non ha esteso la sua disposizione proibitiva al contratto di locazione. Inoltre, in vista degli art. 1725, 1726 e 1727, si dee decidere per l'affermativa. In caso di non godimento il conduttore può domandare il risarcimento dei danni ed interessi.

Come non si può comprare la sua propria cosa, *suae rei emptio non valet* (l. 16, cod. *de contrah. empt.*), così non si può prendere in affitto la cosa propria; *rei suae conductio nulla est* (l. 15, Dig. *depositi*; l. 20, cod. *locat.*). Ciò per altro si dee intendere di una cosa, della quale colui che la prende in affitto ha la piena proprietà, la quale abbraccia il dritto di goderne; perciocchè non vi ha dubbio che il proprietario, il quale non ha se non la nuda proprietà, può prenderla in affitto dall' usufruttuario a cui il dritto di godimento appartiene. Dal principio che *rei suae conductio nulla est*, segue che se io ti ho affidato una casa per la pigione di 300 lire all'anno, con rinuncia al dritto della legge *Aede*, e dopo qualche tempo è detto che tu me l'hai sublocata per la pigione di 150 lire all'anno, pel tempo che rimane fino al termine dall' affittanza; questa seconda convenzione non è un contratto di locazione o sublocazione che tu fai della mia casa, perchè *res mea a me conduci non potest*; ma è un contratto senza nome, in forza del quale per ottenere da te la risoluzione dell' affittanza che io ti ho fatto della mia casa mi obbligo a pagarti la somma di 50 lire per ogni anno del tempo che rimane a decorrere; e questo non è se non un credito ordinario che non ti attribuisce i dritti di conduttore della casa medesima.

Godimento ed uso che dee formare l'oggetto del contratto di locazione. È dell' essenza del contratto di locazione che vi sia un determinato godimento od uso di una cosa che il locatore si obbliga di fare avere al conduttore durante il tempo convenuto, ed è propriamente ciò che forma l'oggetto e la materia del contratto di locazione (cod. franc., art. 1709 e 1719; cod. aust., §§ 1045 e 1047). La specie di godimento o di uso che si accorda colla locazione od è espresso o non è espresso.

Quando è espresso, il conduttore non può servirsi della cosa per altro uso che quello che è espresso. Per esempio, se tu mi hai dato a nolo un cavallo per fare il viaggio a Lione, non mi è lecito il condurlo più lungi. Se volendo migliorare un terreno io l'ho affittato ad un agricoltore per un dato numero di anni acciò lo coltivi a trifoglio, o ad avena, non gli è permesso di servirsene ad altro uso e seminarvi orzo od altro grano; e se lo fa, io avrò l'azione *locati* contro di lui onde gli sia vietato di seminarvi in avvenire simile granaglie e farlo condannare ai danni ed interessi risultanti dalla contravvenzione al patto dell' affittanza (cod. franc., art. 1728 e 1729, cod. aust., § 1098).

Allorquando la specie di godimento o di uso non è espressa dall' affittanza, il contratto non cessa di essere valido; ed in questo caso l'oggetto e la materia del contratto è la specie del go-

dimento o dell'uso a cui la cosa per sua natura è destinata, ed a cui si costuma di farla servire; ed il locatore può impedire che il conduttore la faccia servire ad altri usi, quando ha interesse d'impedirlo (cod. franc., cod. aust., *ibidem*). Per esempio, quando una casa è affittata, si presume che si debba servirsene per l'uso a cui era destinata al tempo dell'affittanza; quindi l'inquilino non potrebbe stabilirvi una fucina, se non v'era prima, od un'osteria. Nondimeno la professione del conduttore conosciuta al tempo dell'affittanza dee far seguire un altra regola e far presumere che la casa gli sia stata affittata per farla servire agli usi che la sua professione esige.

Laonde se io ho affittato la mia casa ad un fabbro ferraio conosciuto da tutti per tale, benchè la mia casa sia stata sempre occupata ad uso civile, si reputa che io l'abbia a lui affittata per farla servire a tutto ciò che la sua professione esige; e non potrò impedirgli di stabilirvi una fucina.

L'uso, al quale una cosa viene affidata, deve essere un uso lecito e non contrario ai buoni costumi; diversamente, non solo il contratto è nullo, come lo sono tutti i contratti contrarii ai buoni costumi, ma il locatore che al tempo dell'affittanza ha cognizione del cattivo uso che il conduttore ha intenzione di fare della cosa che gli viene affittata, si rende colpevole e complice di tutto il male che vi si commette. Per esempio, se un fabbro ferraio avesse locato ad un ladro gli strumenti di ferro o grimaldelli per aprire le porte delle case in cui questi meditava di commettere furti, certamente il fabbro ferraio è colpevole e complice dei furti commessi col mezzo dei detti strumenti, ed è obbligato alla restituzione delle cose rubate congiuntamente e solidariamente col ladro, e può anche essere perseguitato criminalmente, se vi è prova del fatto, e punito come complice dei furti.

Tempo della locazione. I contratti di locazione si fanno per un tempo convenuto tra le parti e non si fanno per sempre (cod. franc., art. 2709; cod. aust., § 1090); ed in ciò differiscono dalle affittanze a vendita od a lunghe annate.

Sembra che presso i romani il tempo più ordinario delle affittanze dei fondi fosse un lustro, che è di cinque anni, *in quinquennium*.

Il tempo che deo durare l'affittanza è ordinariamente espresso dal contratto; se si ommise di esprimerlo, l'affittanza non lascia di essere valida, e s'è l'affittanza di un fondo, i frutti del quale si raccolgono ogni anno, come un prato, una vigna, ec. l'affittanza, allorquando il tempo non è espresso nel contratto, si reputa fatta per un anno; se poi l'affittanza è di un fondo, i frutti del quale non si raccolgono che dopo qualche anno l'affittanza si reputa fatta per tutto il tempo che si richiede al conduttore per poter percepirne i frutti. Per esempio, se dopo aver fatto la pesca nel mio stagno che si costuma di fare di tre in tre anni,

in l' affitto ad alcuno per un prezzo determinato, senza esprimere per qual tempo, si reputa che io l' abbia affittata pel tempo di tre anni. Così pure, quando le piante cedue di un fondo sono divise in un prefisso numero di tagliate, per esempio, in dodici tagliate, delle quali si fa una ogni anno, l' affittanza, se il tempo non è espresso, si reputa fatta per tanti anni quante sono le tagliate (cod. franc., art. 1160 e 1736).

Rispetto alle affittanze delle case urbane, si dee seguire la consuetudine del paese. Se la locazione, dice il codice francese, è stata fatta senza scrittura, non potrà alcuna delle parti contraenti dare il congedo all' altra, se non conservando i termini stabiliti dalla consuetudine (art. 1710).

Il congedo non è necessario quando vi è una affittanza in cui è espresso il termine della sua durata. La locazione, dice il codice francese, cessa *ipso iure* spirato il termine stabilito, qualora siasi fatta mediante scrittura, senza che sia necessario di dare congedo (art. 1737).

Riguardo alle locazioni di stanze ammobigliate od a solo di mobili, in cui il tempo della durata non è espresso, e si è detto che si appigiona in ragione di tanto all' anno, l' affittanza si reputa fatta per un anno; si è detto in ragione di tanto al mese o di tanto alla settimana, o di tanto al giorno, l' affittanza si reputa fatta solamente per un mese, per una settimana, o per un giorno. Le parti non si obbligano reciprocamente l' una verso l' altra se non per quel tempo, e se il conduttore continua nel godimento più mesi o più settimane, ec. hanno luogo altrettante tacite riconduzioni che si reputano intervenute tra le parti.

Per altro, quantunque mi sieno stati dati a solo cavalli ed una vettura a giornata, se si è detto di noleggiare per fare un tal viaggio, il contratto si reputa fatto pel tempo che è necessario per fare quel viaggio, e non v' ha dubbio che il locatore non sarebbe ammissibile a domandarmene la restituzione prima del detto tempo. Ma se nel caso in cui il mio viaggio non avesse avuto luogo, si domanda se io sia o no autorizzato a restituire i cavalli e la vettura prima che termini il tempo in cui avrebbe dovuto durare il viaggio, pel quale gli aveva presi a nolo? Io penso che sarei, io questo caso, tenuto al risarcimento di ciò che il noleggiatore avrebbe potuto soffrire per l' inadempimento del nostro contratto.

§ 2. Prezzo.

Non vi può essere contratto di locazione senza un prezzo convenuto pel godimento ed uso della cosa locata, il qual prezzo chiamasi pigione o fitto. Se si accorda l' uso di una cosa senza pretendere verun prezzo da colui, al quale lo si accorda, non sarebbe questo un contratto di locazione, ma un altra specie di

contratto che chiamasi *prestito ad uso*, che nel gius si appella *commodatum* (cod. franc., art. 1875 e 1876).

Questo prezzo, come avviene nel contratto di vendita, deve essere un prezzo serio, cioè convenuto colla intenzione che si possa esigere. Non sarebbe tale qualora mediante questo contratto il locatore facesse remissione o rinuncia al conduttore del prezzo che vi è espresso; allora ogni locazione svanisce, perciocchè più non può esservi obbligazione veruna per parte del conduttore di pagare il prezzo, e diventa in tal caso un comodato. Del resto perchè il conduttore abbia contratto l'obbligazione di pagare il prezzo ad onta che in appresso, e per intervallo, il locatore gli abbia fatto la remissione del prezzo stesso, il contratto di affittanza non cessa di sussistere, come tuttavia sussiste il contratto di vendita, quantunque il prezzo sia stato per intervallo al compratore rimesso. D'onde nasce la decisione della seguente questione. Un tapezziere ha dato a nolo alcuni mobili al suo proprio nipote pel corso di sei anni e per una determinata somma annuale. Essendosi il nipote poco dopo ammogliato, gli fece, come in regalo nuziale, la remissione di tutte le rate che doveva pagare per tale noleggio. Allo spirare di questo contratto, si domanda, con quale azione possa il tapezziere domandare la restituzione dei mobili ed il risarcimento dei danni ed interessi per quelli che fossero già guastati; e se sia per l'azione *ex conducto* o per l'azione *ex commodato*; ciò che più importa di sapere, stante che in forza dell'azione *ex commodato*, il debitore è tenuto a rispondere delle colpe lievissime; laddove, in virtù dell'azione *ex conducto*, non vi risponde se non della colpa lieve; *tenetur de levi, non de levissima colpa* (l. 5, § 6, Dig. *Commod.*; cod. franc. art. 1728). In questo caso bisogna decidere che ha luogo l'azione *ex conducto*, non già l'azione *ex commodato*: perciocchè il contratto di locazione avendo ricevuto, nella specie proposta, tutta la sua perfezione col consenso delle parti, la remissione del prezzo che in appresso è stata fatta al conduttore non ne ha cangiato nè la natura nè le obbligazioni.

Onde questo prezzo sia un vero prezzo, sia serio e possa costituire un contratto di locazione, è d'uopo che sia di qualche importanza, avuto riguardo al valore del godimento od uso della cosa locata; perciocchè, se non fosse di veruna importanza, come se una possessione fosse affittata per uno scudo, questo non sarebbe un contratto di locazione, ma un contratto di prestito ad uso, ossia comodato.

Non è per altro necessario che questo prezzo eguagli il valore del godimento od uso della cosa locata; se il prezzo o fitto eccede od inferiore, vi sarà in vero iniquità nel prezzo o nel fitto, la quale obbliga, nel foro della coscienza, il locatore od il conduttore alla restituzione; ma tale iniquità del prezzo non impedisce che il contratto sia valido.

Tra questo contratto e quello di vendita havvi altresì la differenza che il contratto di vendita è soggetto alla rescissione per causa di lesione enorme, quando un fondo è stato venduto per un prezzo inferiore alla metà del giusto prezzo (cod. franc., art. 1674). Al contrario, il contratto di locazione, anche di un fondo, non è soggetto alla rescissione per la sola causa di lesione per quanto enorme essa sia. La ragione è perchè nel contratto di locazione la lesione non può cadere se non sopra i frutti del fondo che sono cose mobili; e, secondo i principii del gius francese, nell' alienazione di cose mobili non ha luogo la rescissione. L' art. 1674 del codice francese in fatti non ammettendo la rescissione per viltà di prezzo se non nella vendita d' immobili, essa non ha dunque luogo nella vendita di mobili, sopratutto dietro il principio stabilito dall' articolo 1313, il quale non ammette la lesione in favore dei maggiori se non nei casi previsti dal codice stesso. Il codice austriaco poi non eccettua veruno contratto bilaterale, fuorchè i contratti di sorte, dal rimedio della lesione oltre la metà. — Vedi *lesione*.

Il fitto deve essere certo e determinato, come il prezzo nel contratto di vendita, e ciò che abbiamo detto a tale riguardo parlando del prezzo trattando della compravendita, è del pari applicabile al fitto in materia di locazione.

Si domanda, se, secondo il dritto romano, al contratto di locazione si debba o no seguire la decisione della legge finale, cod. *de contrat. empt.*, la quale pronuncia la nullità del contratto di vendita *quasi ex defectu conditionis*, quando la vendita essendo stata fatta pel prezzo che sarebbe determinato da un tale, questo tale ha ricusato di farne la stima od è morto prima di farla? La legge sembra decidere per l' affermativa; perciocchè verso la fine dice: *quod etiam in huiusmodi locatione locum habere sancimus*. Tuttavia io penso che non si debba decidere così indistintamente rispetto al contratto di locazione e che la decisione della questione debba dipendere moltissimo dalle circostanze. Ed, in vero, quando questa clausola si trova in un contratto di vendita, non apparendo che le parti avessero fretta o di vendere o di comprare, si può facilmente presumere che la loro volontà sia stata di far dipendere il contratto della stima che facessero le persone nominate, come da una condizione, e non abbiano voluto riportarsi alla stima che, in mancanza di esse, altre persona ne potessero fare, non avendo fiducia se non in quelle. Ma nel contratto di locaziona, per esempio, di una casa o di una possessione, il locatore che non si trova in caso di occuparla, o di farla coltivare egli stesso, non volendo indugiare ad affittarla, ed il conduttore dal canto suo avendo bisogno di provvedersene, si dee invece presumere che quando le parti si sono riportate ad una data persona pel prezzo della pigione o del fitto, la loro intenzione non sia stata che il contratto non avesse luogo se quella

persona non facesse la stima; ma che, al contrario, la loro intenzione fosse che il contratto avesse luogo pel prezzo da stimarsi da altri esperti. Questa decisione dee aver luogo specialmente nel caso in cui la persona nominata avendo ricusato di fare la stima, od essendo morta prima di farla, il conduttore era già entrato nel godimento, od il termine per entrarvi era così prossimo ed imminente che il locatore non avesse potuto facilmente trovare occasione di locare ad altri, nè il conduttore avesse potuto provvedersi di altra casa o possessione. Per la stessa ragione, quantunque secondo la leg. 33, § 1, Dig. *de contrat. empt.*, il contratto di vendita fatto *quanti velis*, *quanti aequum putaveris*, *quanti aestimaveris*, non sia perfetto fino a tanto che le parti meglio si spieghino, non essendovi ancora determinato il prezzo, e quantunque vi sia eguale ragione di così decidere anche pel contratto di locazione; tuttavia se prima di essersi le parti meglio spiegate, il conduttore è entrato nel godimento, il contratto si dee giudicare perfetto, ed il prezzo lasciare all' arbitrio della parte (cod. franc., art. 1709).

Finalmente il prezzo od il fatto dee consistere in danaro; diversamente non è contratto di locazione, ma un altra specie di contratto. Per esempio, se un povero agricoltore il quale non ha che un solo cavallo, ha patteggiato col suo vicino che questi gli concederà l' uso di un cavallo per tanti giorni, verso l' obbligo di quell' agricoltore di dare all' altro l' uso del suo per altrettanti giorni; questo non è un contratto di locazione, perchè vi manca il prezzo, che consiste in una somma di danaro, ma è un contratto senza nome. Se poi la locazione fatta per un prezzo non consistente in una somma di danaro, non è propriamente e secondo le sottigliezza del gius, contratto di locazione, è però un contratto equivalente alla locazione, e produce le medesime obbligazioni del pari che la permuta di un fondo verso cose mobili è un contratto equivalente alla vendita (codice francese, articolo 1763).

Il principio che nel contratto di locazione il prezzo dee consistere in una somma di danaro, soffre un eccezione rispetto alle affittanze di terre; perciocchè il prezzo ossia fitto di queste locazioni può, in vece di danaro, consistere in una determinata quantità di frutti, quali il fondo locato produce. Per esempio, le possessioni sovente vengono affittate per una certa quantità di grano da pagarsi ogni anno; le vigne per una certa quantità di vino, le terre piantate in oliveti per una certa quantità di olio (l. 21, cod. *de locat.*; cod. franc., art. 1763).

Qualche volta pure i fondi rustici si affittano per una porzione aliquota dei frutti che si raccoglieranno; per esempio, coll' obbligo che il conduttore darà al locatore la metà delle biade che saranno raccolte ogni anno, od il terzo od il quarto; queste si chiamano affittanze parziarie. In questo caso però, secondo il co-

dice austriaco, non esiste il contratto di locazione-conduzione, ma di società, e si regola coi principii per quest' ultima stabiliti.

Non può in vero esservi contratto di locazione senza un prezzo tra le parti convenuto; ma non è necessario che sia espresso dal contratto; basta che ve ne sia uno tacitamente convenuto e sottinteso (cod. franc., art. 1716); come quando il prezzo dell'affittanza di alcune cose è regolato dalla costumanza del luogo, non è necessario che nel contratto di locazione di queste tali cose le parti si spieghino intorno al prezzo del contratto, ma si reputano aver convenuto il prezzo usitato.

Nelle ricondazioni il prezzo si reputa essere quello stesso della locazione precedente. Allorquando gli operai locano la loro giornata di lavoro, ma senza spiegarsi intorno al prezzo, si reputa che le parti abbiano convenuto la mercede che gli altri operai guadagnano nel luogo.

§. 3. Consenso

Egli è evidente che il consenso delle parti contraenti è essenziale al contratto di vendita, come a tutti gli altri contratti (codice franc., art. 1108). Donde sorgono due questioni: 1. Quali siano le persone, tra le quali può intervenire il contratto di locazione; 2. Sopra quale oggetto il loro consenso dee intervenire (codice franc., cod. aust., *ibidem*).

Tra quali persone può intervenire il contratto di locazione. Il contratto di locazione, del pari che tutti gli altri contratti, non può intervenire che tra persone che sono capaci di contrattare.

L'usufruttuario di una cosa ha dritto di locarla ad esclusione del proprietario, il quale non ne ha che la nuda proprietà; ma l'usufruttuario ha meno dritto di colui che ha la piena proprietà della cosa, avendo questi il dritto di usare o di abusare della cosa, *ius utendi et abutendi*, e può, per conseguenza, locare la sua cosa per servire ad altri usi che quelli a cui era destinata per lo innanzi e locare la casa ch'era stata prima abitazione civile, per farne un osteria: laddove l'usufruttuario non può locare la cosa, se non per servire agli usi, ai quali è stata destinata; dimanierachè se la casa di cui egli ha l'usufrutto è una casa di abitazione civile, il proprietario ha dritto di opporsi all'affittanza che l'usufruttuario ne facesse ad un bettoliere per farvi un'osteria, o ad un maniscalco per porvi una fucina (l. 13, § fin. Dig. *De usuf.*; cod. fran., art. 595, 1429). Lo stesso dicasi del conduttore. Egli ha dritto di subaffittare durante il tempo della sua affittanza; ma non può subaffittare la cosa se non per servire agli usi, ai quali è destinata, come vedremo in appresso (codice francese, art. 1717).

I tutori ed altri amministratori possono prendere in affitto beni, dei quali eglino hanno l'amministrazione, e tali affittanze sono valide, purchè sieno fatte senza frode (cod. franc., art. 450).

L'affittanza fatta da una persona che non vi ha verun dritto, non è in vero valida nel senso ch'essa possa attribuire al conduttore il dritto di godere della cosa che il locatore stesso non aveva; ma è valida nel senso ch'essa obbliga il locatore, che ha fatta l'affittanza come di una cosa a lui appartenente, ad adempiere la sua obbligazione, e non potendola adempire, ai danni ed interessi del conduttore, ed obbliga eziandio il conduttore al pagamento dei fitti, fino a tanto, che non gliene viene impedito il godimento (cod. franc., art. 1726, 1727).

In qual modo e sopra quale oggetto dee intervenire il consenso delle parti contraenti. Riguardo al modo, nel contratto di locazione, come nel contratto di vendita e negli altri contratti, il consenso delle parti contraenti può intervenire, quando sono l'una e l'altra presenti, tanto in voce quanto in iscritto; gli altri che vengono eretti, sia con sottoscrizione privata, sia avanti notai, non sono essenziali al contratto, e s'interpongono soltanto per servire di prova al contratto o per acquistare dritti d'ipoteca e di esecuzione. Se per altro l'intenzione delle parti contraenti, sembra essere stata che il contratto non fosse conchiuso se non dopo la perfezione dell'atto avanti notai ch'elleno volevano fare, il contratto in questo caso non acquisterà la sua perfezione se non mediante l'erezione dell'atto.

Nel contratto di locazione, come nel contratto di vendita, ed in tutti gli altri contratti, il consenso delle parti contraenti, quando sono presenti, può intervenire *per nuntium aut per epistolam*.

Riguardo all'oggetto, è d'uopo che il consenso dei contraenti intervenga sopra la cosa che viene locata; e non vi è contratto se io penso di darti in affitto una certa possessione e tu pensi di prenderne un'altra. È pure mestieri che il consenso intervenga sopra le qualità sostanziali della cosa; laonde se io ti do in affitto un certo pezzo di terra che era a prato e che ho convertito in terra arativa, e tu credevi essere ancora un prato, non vi è contratto di locazione, per mancanza di consenso sopra la qualità essenziale della cosa. Ma l'errore sopra le qualità accidentali della cosa non impedisce di essere vero contratto di locazione, come se io credeva di prendere in affitto buone terre ch'erano cattive. L'errore intorno alla denominazione è meno ancora da considerarsi quando si conosce la cosa ch'e stata locata.

L'uso per cui la cosa viene locata essendo della essenza del contratto di locazione, come abbiamo veduto, il consenso delle parti contraenti dee pure intervenire sopra la specie di uso per cui la cosa viene locata. Laonde, se una delle parti credeva di dare a nolo una cosa per un certo uso, per esempio, un cavallo da sella per cavalcare, e l'altra parte credeva di prenderlo per altro uso, come sarebbe, per attaccarlo ad una vettura, non vi è contratto di locazione per mancanza di consenso relativamente

all'uso per cui la cosa sarebbe locata (cod. franc., art. 1109).

Il consenso delle parti contraenti dee pure intervenire riguardo al tempo che dee durare la locazione. Laonde, se io voglio darti a pigione una casa per tre anni e tu vuoi prenderla per nove, il contratto è nullo per mancanza di consenso; ma se il conduttore è entrato nel godimento, dee continuare l' uso incominciato pel prezzo convenuto coll' affittanza. Qui sono applicabili gli articoli 1736, 1774 del codice francese.

Il consenso dee altresì intervenire sopra il prezzo, senza di che non vi è contratto; per esempio, non vi è contratto se ti loco una possessione per seicento lire di fitto e non vuoi prenderla se non per cinquecento lire. Il contratto non sarà conchiuso se non quando tu avrai acconsentito a pagarmi le seicente lire fino a tanto che le due volontà non vi concorrono, ognuna delle parti può cangiare la sua; perciocchè frattanto, non avendo convenuto del prezzo, non vi è consenso, e per conseguenza non vi è contratto. Ma se, al contrario, il locatore avesse inteso di locare per cinquecento lire ed il conduttore per seicento, il contratto sarebbe valido e la possessione sarebbe locata per cinquecento lire, perciocchè le parti si reputano avere convenuto di questo prezzo. Ed, in vero, il conduttore che voleva darne seicento, voleva per conseguenza a maggior ragione dare le cinquecento che il locatore domandava; queste cinquecento che il locatore domandava sono comprese nelle seicento che il conduttore voleva dare secondo la regola: *In eo quod plus sit, semper inest et minus* (l. 110, Dig. *De reg. iur.*).

Finalmente il consenso dee intervenire sopra l' affittanza medesima; è d'uopo che l'una e l'altra delle parti contraenti abbiano avuto intenzione di fare un contratto di locazione. Se l'una delle due intendeva di affittare e l'altra intendeva di comprare, il contratto sarebbe nullo per mancanza di consenso.

Sez. II. — Obblighi del locatore.

Dalla definizione che abbiamo dato del contratto di locazione risulta che l'obbligo che il locatore contrae verso il conduttore per la natura stessa del contratto è di far godere od usare della cosa ch'è stata locata: *Praestare frui licere, uti licere.* Quest'obbligo racchiude:

1. L'obbligazione di consegnare al conduttore la cosa locata, onde possa goderne ed usarne;
2. Di non recare verun turbamento al godimento e di guarentirlo dalle molestie che gli potessero venir fatte da altri;
3. Di mantenere la cosa in istato tale che il conduttore possa goderne;
4. Di guarentire il conduttore che la cosa che egli ha locato

non ha certi difetti che ne impedissero l'uso (cod. fr., art. 1719). Questo sarà materia di quattro paragrafi.

ART. I. — Obbligazione di consegnare la cosa al conduttore.

A che si estenda questa obbligazione, a spese di chi, dove e quando la cosa deve essere consegnata. Riguardo all'estensione di questa obbligazione, nella stessa guisa che nel contratto di vendita il venditore contrae verso il compratore l'obbligazione di consegnarli la cosa venduta per fargliela avere a titolo di proprietario, poichè questa obbligazione *praestandi emptori rem habere licere*; così nel contratto di locazione il locatore contrae verso il conduttore l'obbligazione di consegnargli la cosa locata onde il conduttore possa goderne ed usarne, poichè questa obbligazione è convenuta nella obbligazione *praestandi conduttori frui vel uti licere* (cod. franc., art. 1719). Siffatta obbligazione si estende agli accessori della cosa locata; per esempio, s'è stata appigionata una casa, il locatore dee consegnare al conduttore le chiavi della casa; s'è una possessione, dee consegnargli le paglie, i foraggi ed altre cose che nella provincia si costuma di lasciare al conduttore per la coltivazione. S'è stato dato a nolo un cavallo per cavalcarlo, il locatore dee consegnare il cavallo col suo arredo, vale a dire selle, briglia guinzaglio; e darglielo pure bene ferrato (cod. franc., *ibidem*).

Riguardo le spese, come nel contratto di vendita, la consegna della cosa deve essere fatta a spese del venditore; così nel contratto di locazione dee farsi a spese del locatore (cod. franc., articolo 1720). Quindi se la cosa locata si trova obbigata e data ad alcuno in pegno, e non può essermi consegnata senza essere liberata del pegno, certamente il locatore dee liberarla dal pegno a sue spese (l. 5, cod. *De evict.*). Parimente se mi è stata affittata una certa quantità di terreno per farvi una cantina da prenderai in un grande pezzo di terra, la misurazione necessaria per assegnarmi la detta quantità di terreno che mi è stata locata, dee farsi a spese del locatore.

Trattandosi dove la tradizione deve essere fatta, nella stessa guisa che nel contratto di compra-vendita la consegna ossia la tradizione delle cose mobiliari vendute deve essere fatta nel luogo ov' esse trovansi, qualora non vi sia convenzione contraria; dal qual luogo debbono essere levate a spese del compratore; così nel contratto di locazione di cose mobiliari, la consegna dee farsi nel luogo dove trovansi e di là debbono essere trasportate a spesa del conduttore, se non vi è convenzione o consuetudine contraria. Quindi non deesi confondere la consegna che il locatore è tenuto a fare della cosa col trasporto che ne fa il conduttore. La consegna si fa a spese del locatore e consiste nel dare al conduttore la facoltà di levare la cosa : *Debet ei praestare copiam rei tollendae.* Se

vi fosse qualche impedimento al livo della cosa, il locatore sarebbe obbligato a levarlo a sue spese; ma il locatore avendo dato al conduttore la piena libertà di levare la cosa, il conduttore dee a sue spese farne il lievo (cod. franc., art. 1160). Se dopo il contratto il locatore avesse trasportato la cosa in un altro luogo d'onde il lievo riuscisse più costoso di quello che sarebbe stato se la cosa fosse rimasta nel luogo dove si trovava al momento del contratto, il locatore dee far ragione al conduttore di quanto gli ha costato di più (cod. franc.).

Benchè, di regola, la tradizione delle cose locate debba farsi nel luogo ove si trovano, qualora le parti contraenti non si fossero spiegate al momento del contratto relativamente al luogo in cui si si farebbe la tradizione medesima; tuttavia, se vi è consuetudine contraria rispetto ad alcune cose, conviene osservarla; perciocchè si reputa che le parti abbiano tacitamente convenuto secondo la regola *in contractibus veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis* (cod. franc., art. 1159).

Riguardo al tempo in cui il locatore dee consegnare al conduttore la cosa locata, se col contratto si convenne il giorno, la tradizione deve essere fatta nel giorno convenuto. Allorquando col contratto di locazione le parti non si sono spiegate relativamente al giorno in cui il locatore consegnerebbe al conduttore la cosa locata, egli dee consegnarla tosto che ne sia richiesto; e se il conduttore ritarda a fargliene la richiesta, egli può, se vuole liberarsi dalla sua obbligazione, intimare al conduttore di andare a prendere la cosa nel luogo dove deve essere consegnata e citarlo onde fargli ordinare che, mancando egli a ciò, l'affittanza decorrerà dal giorno della intimazione.

Art. II. — Azione che ha il conduttore e che nasce dalla obbligazione del locatore di consegnare a lui a cosa.

Intorno a questa azione vedremo: 1. Che cosa essa sia e quale la sua natura; 2. Contra chi abbia luogo; 3. In qual caso; 4. A chi si risolva nel caso d'inadempimento dell'obbligazione del locatore: 5. A che essa si risolva nel caso di ritardo recato all'adempimento; 6. A che si risolva quando la cosa locata, che il locatore offre di consegnare, o non si trova così intiera o non si trova nel medesimo stato in cui era al momento del contratto.

§ 1. Che cosa sia l'azione *ex conducto* che ha il conduttore per liberarsi della cosa che gli è stata locata, e quale sia la natura di questa azione.

L'azione che nasce dalla obbligazione che il locatore ha verso il conduttore di consegnargli la cosa locata, onde possa goderne ed usarne, è quella che nel gius si chiama *actio ex conducti*, ossia *actio ex conducto* (cod. franc., art. 1720). Quest' è

una azione personale che ha il conduttore contra il locatore o suoi eredi, tendente all'effetto che il locatore od i suoi eredi siano tenuti a consegnarli la cosa nel modo con cui il locatore vi si è obbligato; diversamente, in caso di mancanza, il locatore stesso od i suoi eredi sieno condannati ai danni ed interessi.

Questa è un' azione mobiliare, ancorchè la locazione d' onde essa deriva, fosse l'affittanza di un fondo; perciocchè l'azione del conduttore, che nasce dall'affittanza stessa, non tende ad avere il fondo, ma bensì a percepirne i frutti, i quali diventano cose mobili mediante la percezione che ne viene fatta.

Questa è un'azione divisibile od indivisibile, secondo che la cosa che forma l'oggetto del contratto è divisibile o no. Così, se più persone hanno locato a qualcuno la facoltà del passaggio per un certo fondo, tale facoltà essendo una cosa indivisibile, l'azione che ha il conduttore per godere della facoltà medesima, è un azione indivisibile e può domandare in confronto di ciascheduna delle dette persone la totalità del passaggio all' oggetto che lo facciano godere del passaggio medesimo, ma, in mancanza di adempimento di questa loro obbligazione, l'azione si converte in azione di danni ed interessi, la quale è divisibile, e, per conseguenza, il conduttore non può domandare il risarcimento di danni ed interessi contra ciascuna di essi se non per la loro parte, qualora nell'affittanza non vi sia qualche clausola espressa di solidarietà (cod. fran., art. 1217).

Al contrario, se più persone hanno locato a qualcuno una casa od una possessione, il godimento di una casa o di una possessione essendo cosa divisibile, l'obbligazione de' locatori è divisibile, e l'azione che ne deriva è pure un' azione divisibile che il conduttore non può esercitare contra ciascuno dei locatori se non per la quota. Ma siccome il conduttore ha inteso di prendere in affitto la possessione, di goderne della totalità, e non avrebbe voluto prenderla in parte, così la obbligazione dei locatori, benchè divisibile *obligatione*, è indivisibile *soluzione*; e ciascuno di essi può liberarsi della sua obbligazione offrendone il godimento della sua parte, se tutti non gli offrono del pari il godimento della loro parte; e quindi se un solo di essi è in mora per la sua parte sono tutti tenuti ai danni ed interessi, ciascuno per la sua parte (cod. franc., *ibidem*). — Vedi *obbligazione*.

§ 2. Contra chi ha luogo questa azione.

Secondo la natura delle azioni personali il conduttore ha questa azione soltanto contra il locatore che ha contratto l'obbligazione, da cui l'azione stessa deriva, o contra i suoi eredi, i quali nella qualità di eredi succedono a tutte le obbligazioni del locatore, o contra i suoi successori a titolo universale, i quali sono *loco hae-*

redum; ma non hanno questa azione contra i terzi detentori della cosa, che vi succedono a titolo particolare.

Se il proprietario, dice il codice francese, vende la cosa locata, il compratore non può espellere l'affittuario o l'inquilino, il quale abbia una scrittura di locazione autentica o di data certa, purchè il proprietario stesso non siasi riserrato tale dritto nel contratto di locazione (art. 1743). Se il proprietario, dice il codice austriaco, ha alienato od anche consegnato ad un altro la cosa locata, il conduttore, se il suo dritto non è inscritto ne' pubblici libri, dee, dietro denunzia debitamente fattagli, cedere la cosa al nuovo possessore. Ha però il dritto di esigere dal locatore il pieno soddisfacimento pel danno emergente e pel lucro cessante. I moderni codici hanno così abolita o per lo meno modificata la l. 3, *Emptorem*, cod. *Locati*.

Allorquando la cosa che forma l'oggetto della domanda è un fatto personale, siccome *nemo potest cogi ad factum*, così colui che ha assunto l'obbligo di prestare questo fatto e non lo presta potendolo sarà condannato al risarcimento dei danni.

§ 3. In quale caso abbia luogo questa azione.

Questa azione che ha il conduttore contra il locatore di farsi consegnare la cosa, ha luogo: 1. Nel caso in cui il locatore potendo consegnarla ricusa di farlo (cod. franc., art. 1719; cod. aust., § 1096); 2. Nel caso in cui il locatore pel fatto proprio si avesse posto fuori di stato di poterla consegnare, come sarebbe quando il locatore dopo di aver affittata la casa ad uno, l'avesse alienata ad un altro, senza incaricare l'acquirente a mantenere l'affittanza, o quando egli l'avesse lasciata perire per sua colpa (cod. franc., art. 1720); 3. In fine anche nel caso in cui non avendo egli, dal momento dell'affittanza in poi avuta la facoltà di disporre del godimento della cosa stessa, si fosse temerariamente obbligato a farmelo avere (cod. franc., art. 1726).

Ciò ha luogo non solamente quando egli sapeva di non avere il dritto di disporre, ma eziandio quando credeva di buona fede che la cosa gli appartenesse e di avere il dritto di disporre. La ragione si è che il contratto di locazione è soggetto alle medesime regole del contratto di compra vendita e *viceversa*. Nella stessa guisa che nel contratto di vendita si può vendere la cosa altrui (*res aliena vendi potest*) nel senso che quegli, il quale vende la cosa altrui, contrae validamente l'obbligazione di consegnarla e guarentirla al compratore, e la bonna fede di questo venditore che aveva giusto motivo di credere che la cosa che vendeva a lui appartenesse, non lo disobbliga dai danni ed interessi dovuti al compratore per l'adempimento della sua obbligazione; del pari nel contratto di locazione si può locare la cosa altrui (*res aliena locari potest*) ed il locatore si obbliga validamente verso il conduttore a

farlo godere della cosa, ed ai danni ed interessi, per mancanza di poter adempiere l'obbligaziona medesima, benchè avesse creduto di buona fede che la cosa gli apparteneva e di avere il diritto di disporre. L'altra ragione si è perchè, affine che un obbligazione sia valida, basta che la cosa che taluno promette di fare sia possibile in sè, e non è necessario che sia in facoltà di colui che la promise, il farla. Egli dee imputare a se stesso di aver promesso ciò che non poteva adempiere, e colui, al quala si fece la promessa, aveva dritto di attendere l'adempimento, poichè ciò che gli veniva promesso era una cosa in se possibile (cod. francese, art. 1725).

E diversamente quando il locatore non può consegnare al conduttore la cosa locata, o per essere la medesima perita o per essere stata posta fuori di commercio; perchè senza fatto o colpa del locatore la cosa ha cessato di prestare quell'uso per cui era stata locata: in tutti questi casi il locatore è esonerato dal suo obbligo perchè l'adempimento è divenuto impossibile e perchè *impossibilium nulla obbligatio est* e l'azione *ex conducto* non ha luogo; ma il conduttore dall'altro canto è esonerato dall'obbligo suo, come vedremo in appresso e se ne avesse pagato il fitto o la pigione anticipatamente, potrebbe domandare la restituzione mediante l'azione personale *sine causa* (*condictione sine causa*) (cod. franc.; art. 1148 1722;

§ 4. A che si risolva questa azione nel caso d'inadempimento della obbligazione del locatore.

Che si dirà allorquando il locatore avendo la facoltà di consegnare al conduttore la cosa locata, ricusa di farlo? Il codice francese stabilisce che se il venditore ommette di fare la tradizione nel tempo fra le parti convenuto, potrà il compratore chiedere a suo arbitrio la risoluzione del contratto o la immissione in possesso della cosa venduta, se il ritardo procede dal fatto del venditore. In questo caso, senza dubbio il compratore può essere posto in possesso, perchè la vendita è perfetta, quantunque non consumata dalla tradizione. Ma si domanda se sia lo stesso in materia di locazione, quando la mancanza di tradizione procede dal fatto del locatore. È d'uopo decidere negativamente, ed, in vero, il codice francese non autorizza il conduttore come il compratore, a farsi porre in possesso della cosa. Inoltre il venditore è spogliato del possesso mediante l'atto di vendita, ma il locatore rimane sempre proprietario della cosa locata. Questo adunque è il caso di dire che il conduttore non può domandare al locatore se non il risarcimento dei danni e gl'interessi derivanti dall'inadempimento del contratto, qualora il locatore non consegni la cosa, mentre il compratore può esigere la tradizione. Il codice austriaco viene a

stabilire in generale che il conduttore può domandare al locatore e la tradizione e la indennizzazione.

L'altra questione che concerne l'esecuzione di questa azione *ex conducto* è di sapere in che essa si risolva in caso di mancanza di tradizione della cosa locata. Bisogna decidere che l'azione *ex conducto* in questo caso ha due oggetti:

1. L'esonero del prezzo dell'affittanza e la restituzione di quanto fosse pagato antecipatamente;

2. La condanna ai danni ed interessi se il conduttore ne ha sofferti a causa dell'inadempimento del contratto. Questi danni ed interessi, secondo la definizione che ne dà la legge 13, Dig. *Rem ratam haberi*, relativamente ai danni ed interessi derivanti dall'inadempimento delle obbligazioni, consistono nella perdita che l'inadempimento del contratto ha cagionato al conduttore e nel guadagno od utilità di cui lo ha privato: *Quantum ei abest et quantum lucrari potuit* (cod. franc., art. 1147).

Si osservi che allorquando non è già per mala fede che il locatore manchi alla sua obbligazione, non è tenuto se non ai danni ed interessi del conduttore, che potevano essere preveduti al momento del contratto, poichè non si presume essersi egli sottomesso se non a quelli. Non è tenuto per le perdite che l'inadempimento del contratto ha cagionato al conduttore, ma che non sono state prevedute al momento del contratto, e meno ancora per le utilità, delle quali il conduttore a cagione dell'inadempimento del contratto è rimasto privo, se queste utilità non erano sperabili al momento del contratto medesimo.

Allorquando il locatore per mala fede ha mancato alla sua obligazione, egli in questo caso è tenuto indistintamente per tutti i danni ed interessi che l'inadempimento della obbligazione ha cagionato al conduttore, sia che essi abbiano potuto prevedersi al momento del contratto, sia che non abbiano potuto prevedersi; perciocchè il dolo di colui che cagiona qualche discapito ad alcuno, obbligando, voglia o non voglia, a ripararlo, non è necessario che colui, il quale commise il dolo, sia assoggettato ai danni ed interessi cagionati dal suo dolo, nè, per conseguenza, che siano stati preveduti al momento del contratto. Per altro in caso di dolo del locatore, egli non è tenuto se non pei danni ed interessi, dei quali l'inadempimento del contratto è stato la causa prossima ed immediata, non già per quelli pei quali è stato soltanto la causa lontana ed occasionale.

Si osservi che, anche riguardo ai danni ed interessi che dovevano essere preveduti al momento del contratto e pei quali il locatore di buona fede che, non ha potuto adempiere la sua obbligazione, è tenuto al pari del locatore di mala fede, si dee fare eziandio una differenza tra l'uno e l'altro in ciò che questi danni ed interessi debbono essere stimati rigorosamente contra il locatore che ha mancato di mala fede alla sua obbligazione; lad-

dove deesi usare moderazione ed indulgenza nella stima dei danni ed interessi in confronto del locatore di buona fede (*Veggansi* gli art. 1138, 1140, 1142, e 1145 del cod. franc.).

§. 5. A che si risolva quest'azione nel caso di mora nell'adempimento dell'obbligazione di fare la tradizione della cosa.

Quando il locatore non ha mancato, ma è stato solamente in mora di adempiere l' obbligazione da lui contratta verso il conduttore di fargli la tradizione della cosa locata, egli è parimente tenuto *actione ex conducto* pei danni ed interessi che la mora stessa ha cagionato al conduttore dopo che questi lo ha costituito in mora da soddisfarvi (cod. franc., art. 1136).

Il conduttore che ha costituito il locatore in mora di adempiere la sua obbligazione, può non solamente domandare il risarcimento dei danni e gl' interessi che ha sofferto dalla mora ; ma può inoltre talvolta domandare la risoluzione del contratto e che gli sia permesso di provvedersi altronde. Per esempio, se ad un mercante, è stata locata una loggia per una fiera , questo mercante a cui il locatore non consegna la detta loggia, può domandare che mancando il locatore di farlo entrare nel godimento entro il tale spazio di tempo, gli sia permesso di prenderne in affitto un' altra , e di essere esonerato dal contratto verso il locatore.

Ancorchè per una forza maggiore sopraggiunta dopo il contratto il locatore fosse stato in mora di adempiere la sua obbligazione, come sarebbe se un noleggiatore di cavalli, il quale mi aveva noleggiato un cavallo per un dato giorno , fosse stato obbligato dalla pubblica autorità a somministrare in quello stesso giorno tutti i suoi cavalli pel servizio della posta; benchè non sia egli tenuto , in questo caso , pei danni ed interessi che io soffro dalla mora nell' adempimento della sua obbligazione, il noleggiatore di cavalli, non essendo garante di detta forza maggiore , io posso tuttavia domandare la risoluzione del contratto , e ricusare di servirmi del suo cavallo, se me l' offerisse dopo passato il tempo del mio bisogno (*veggasi* il codice francese art. 1138, 1140, 1142 e 1145).

§ 6. A che si risolva quest'azione nel caso in cui la cosa locata che il locatore offre di consegnare al conduttore non si trova intiera e non si trova nello stato in cui era al momento del contratto.

Allorquando la cosa locata che il locatore offre di consegnare al conduttore non si trova intiera , il locatore avendone perduta una parte dopo il contratto, ovvero, allorquando essa non si trova più nello stato in cui era al momento del contratto ; se ciò che dalla cosa manca , o se il cangiamento sopravvenuto alla cosa è tale che il conduttore non avesse voluto prenderla in conduzione

qualora si fosse trovata tale quale è diventata in appresso: in questo caso il conduttore ha ragione di ricusare il ricevimento della medesima, e di domandare la risoluzione del contratto (cod. franc., art. 1722).

Ciò ha luogo ancorchè per forza maggiore sopraggiunta dopo il contratto, la cosa non si trovasse più intiera o distrutta; come sarebbe, per esempio, se dopo il contratto un fulmine avesse incendiata una parte considerabile della casa che tu mi hai locato e ciò che rimane non fosse sufficiente all' abitazione della mia famiglia; ovvero se un prato che tu mi hai dato in affitto fosse stato inondato dalla escrescenza del fiume, che ha fatto deposizioni nocive all' erba; ma in questo caso potrò domandare soltanto la risoluzione del contratto, senza poter pretendere il risarcimento de' danni e gl' interessi per l' inadempimento del contratto medemo (cod. franc. *ibidem*). Al contrario, se il locatore pel fatto suo è rimasto privo di questa parte della cosa, come sarebbe perchè l'ha alienata dopo l'affittanza fattami, ovvero, se al momento del contratto non era più proprietario di quella parte, e ne ha in appresso sofferto evizione; in questo caso posso domandare, oltre la risoluziona dell' affittanza, il risarcimento dei danni e gl' interessi che ho sofferto per l' inadempimento dell' affittanza medesima (cod. franc., art. 1148, 1727).

Art. 2. — Obbligazione del locatore di non recare veruna molestia al godimento del conduttore e di guarentirlo dalle molestie che i terzi potessero recargli durante tutto il tempo dell' affittanza.

Relativamente a questo ramo di obbligazione del locatore vedremo:

1. In qual caso si reputa che il locatore abbia turbato il godimento dal conduttore e quale azione abbia questi per impedirnelo;

2. Quali sono le molestie recate dai terzi al godimento del conduttore; dalle quali il locatore è obbligato a difenderlo e guarentirlo;

3. Dell' azione di garanzia che il conduttore ha contra il locatore onde lo difenda dalle molestie che i terzi recassero al suo godimento;

4. Dell' eccezione che ha il conduttore, la quale nasce dalla garanzia che gli è dovuta.

§. 1. — In quali casi si reputa che il locatore turbi il godimento del conduttore; e quale azione ha il conduttore per impedirnelo.

Dalla obbligazione contratta dal locatore mediante il contratto di locazione, verso il conduttore *praestari ei frui licere* (cod. franc., art. 1719); deriva che il locatore medesimo non può in

verno modo turbare il godimento del conduttore durante tutto il tempo dell' affittanza. È un turbamento che il locatore di una possessione reca al godimento del conduttore, se egli percepisce i frutti della cosa locata, qualora egli non se ne avesse riservato qualcheduno espressamente col contratto di locazione; come sarebbe se dopo di averti affittato una possessione, io facessi andare i bestiami di un altra possessione vicina che io coltivo direttamente, a pascolare nei prati che dipendono da quella che ti ho affittato, durante il tempo dell' affittanza. È parimente un turbamento che il locatore di una possessione recherebbe all' affittuario, se volesse cangiare la forma di una gran parte delle terre componenti la detta possessione, come sarebbe se egli volesse convertire in prato un pezzo di terra arativa o farla piantare a boscaglia; l' affittuario ha dritto di opporsi a simili cangismenti, qualunque siasi l' indennità che il locatore gli offre; perciocchè il locatore, coll' affittanza che ha fatto della sua possessione, ha contratto verso il suo affittuario l' obbligazione di lasciarlo godere delle terre della possessione nella stessa natura in cui erano al momento della locazione, per tutto il tempo che essa dee durare; e non può, senza contravvenire a questa obbligazione, cangiarne la natura (cod. franc., art. 1723). Ma se siffatto cangiamento di forma fosse soltanto sopra una piccolissima parte ed il proprietario avesse interesse di farlo, egli lo potrebbe fare, risarcendone l' affittuario. A maggior ragione, se ciò che il locatore vuol fare nelle terre della possessione da lui affittata, non ne diminuisce il godimento che l' affittuario dee avere, o se la diminuzione è di niuna importanza, l' affittuario non può opporvisi e nemmeno in questo caso pretenderne indennità, poichè nulla soffre.

Rispetto alle case urbane sarebbe un turbamento che il locatore recherebbe al godimento che il suo inquilino ha dritto di avere della casa, se facesse qualche cosa tendente a diminuire il godimento medesimo, od a renderlo meno comodo all' inquilino (cod. franc., art. 1723).

Il locatore non contravviene alla sua obbligazione di non turbare il godimento che l' inquilino dee avere della casa, facendo, in corso dell' affittanza, le riparazioni necessarie alla casa medesima. Laonde, per grande che sia l' incomodità che le dette riparazioni cagionano all' inquilino, ancorchè rendessero impraticabili molte stanze durante il tempo necessario per farle, l' inquilino stesso non può pretendere dal locatore risarcimento di danni, nè interessi, e l' inquilino in questo caso deve essere esonerato dalla pigione per quella parte di casa, della quale, durante quel tempo, non aveva avuto il godimento. Se poi il tempo delle riparazioni avendo durato pochi giorni od anche avendo durato assai, non avessero cagionato all' inquilino se non piccolo incomodo e non fosse rimasto privo se non di qualche piccola parte della

casa, l' inquilino non potrebbe, nemmeno in questo caso, pretendere veruna remissione di pigione; perciocchè si presume che egli al tempo dell' affittanza abbia preveduto il futuro bisogno di fare quelle riparazioni, e si reputa che egli siasi assoggettato a soffrirne l' incomodo.

Quando le opere che il locatore vuol fare nella casa durante il tempo dell' affittanza non sono necessarie, l' inquilino può opporvisi ed impedirnelo; perciocchè, in questo caso, sarebbe un turbamento che il locatore recherebbe all' inquilino senza necessità, per l' incomodo cagionato dagli operai; d' altro canto l' inquilino avendo il dritto di godimento della casa nello stato in cui si trovava al momento in cui fu fatta l' affittanza, non si può, a suo malgrado, cangiarne lo stato (codice francese, articolo 1724).

Quantunque le riparazioni che il locatore vuol fare alla casa siano necessarie, tuttavia se non sono urgenti, e pare che il proprietario si affretti a farle verso il fine dell' affittanza per evitare l' incomodità che gli cagionerebbero facendola dopo spirata l' affittanza quando fosse rientrato nella sua casa, e per far cadere sopra l' inquilino questa incomodità; l' inquilino può anche in questo caso impedire al proprietario di fare le riparazioni medesime (cod. franc., *ibidem*).

Dalla obbligazione del locatore di non turbare il godimento del conduttore nasce un' azione che è un ramo dell' azione *ex conducto* che ha il conduttore, in caso di molestia, contra il locatore. Quest' azione tende a far ordinare al locatore che non turbi il godimento del conduttore, ed a farlo condannare al risarcimento dei danni ed interessi, se il conduttore ne ha sofferti; qualche volta eziandio, secondo le circostanze, a farlo condannare alla distruzione delle opere da lui fatte a dispetto o senza saputa del conduttore, diversamente, se non lo fa entro breve termine, da determinarsi dal giudice, sia permesso al conduttore di farle distroggere a spese del locatore; la qual cosa non dee per altro aver luogo se non quando esse cagionino notabile pregiudizio al godimento del conduttore.

§ 2. — Quali sono le molestie per parte dei terzi, delle quali il locatore è obbligato a guarentire il conduttore.

Vi sono varie specie di molestie che possono essere recate per parte di terzi al godimento del conduttore. Alcune consistono in vie di fatto senza che coloro che hanno recata la molestia, pretendano di avere alcun dritto nel fondo, o relativamente al fondo. Per esempio, se alcuni agricoltori vicini fanno pascolare la loro mandre nei prati di una possessione che io tengo in affitto, e fanno ciò con vie di fatto senza pretendere di avere alcun dritto; se alcuni ladri al chiaro della luna raccolgono l' uva nelle mie vi-

gne; se qualcuno getta le così dette coccole di levante nella mia peschiera e ne fa morire il pesce, ec., il locatore non è già garante per questa sorta di molestie, ed il conduttore non ha azione se non contra coloro che le hanno cagionate, *actionem iniuriarum*; e se questa azione gli riesce inutile, sia perchè non si conoscono coloro che hanno recato il danno, sia per la loro insolvibilità e se per tal guisa egli è rimasto privo di tutti o della maggior parte dei frutti che era per raccogliere, il conduttore, in questo caso, può solamente domandare la remissione del fitto in tutto od in parte; nella stessa guisa che può domandarla in tutti i casi in cui è stato impedito per una forza maggiore, che non ha potuto impedire, come vedremo in appresso (codice francese, artic. 1725).

Havvi un altra specie di molestia recata da un terzo al godimento del conduttore, che si può chiamare turbamento giudiziale. Siffatta molestia è cagionata da una domanda prodotta da un terzo contra il conduttore, onde fargli rilasciare il fondo o qualche parte del fondo, di cui l'attore sostiene di essere il proprietario o l'usufruttuario; ovvero a fine che il conduttore sia obbligato a soffrire l'esercizio di qualche dritto di servitù che lo attore pretende di avere sopra il fondo di cui il condottore non è stato caricato dall' affittanza.

Possono pure venire opposte alcune eccezioni portante simili pretenzioni di quel terzo contra la domanda del condottore prodotta contra il medesimo per fargli ordinare che non lo turbi nel suo godimento.

I turbamenti giudiziali possono anche chiamarsi evizioni, non della cosa, ma del godimento della cosa.

Per sapere quali sono quei turbamenti giudiziali od evizioni da cui il locatore è obbligato di difendere o guarentire il condottore bisogna attenersi alle regole seguenti.

Prima regola. Allorquando la causa dell' evizione che il conduttore ha sofferto per parte del terzo del godimento di tutto o di una parte di un fondo che gli è stato locato, od almeno il germe di tale causa esisteva al tempo dell'affittanza, il locatore è garante di detta evizione verso il conduttore, tanto se il locatore ne aveva la cognizione, quanto se la ignorava.

Le medesime regole che hanno luogo per l'azione *ex empto* contra il venditore *ut praestet emptori rem habere licere*, hanno luogo egualmente per l'azione *ex conducto* contra il locatore *ut praestet conductori frui licere*, mentre vi limita la ragione medesima (cod. franc., art. 1726 e 1727).

Seconda regola. Se il condottore al momento dell'affittanza aveva cognizione del dritto del terzo, per parte del quale ha sofferto l'evizione del godimento di tutto o di una parte del fondo che gli è stato locato, il locatore non è garante di questa evizione, qualora il locatore, il quale aveva egualmente cognizione

del detto dritto, non avesse espressamente promesso al conduttore la garanzia della evizione medesima; ma se il locatore lo ignorava, non è tenuto alla garanzia verso il conduttore che ne aveva cognizione, ancorchè gli avesse promessa espressamente la garanzia stessa, per essere stato indotto in errore dal conduttore che gli ha dissimulato di averne cognizione.

Si osservi che il conduttore, nel caso di questa regola, deve essere esonerato dall'affittanza pel tempo rimanente, fino dal giorno in cui fu costretto di lasciare il fondo (codice francese, articolo 1726).

Terza regola. La garanzia contra il locatore per la evizione che il conduttore soffre per parte di un terzo del godimento di tutto o di una parte del fondo, non ha luogo allorquando il conduttore, in un'altra qualità, è garante dell'evizione stessa verso il locatore. Per esempio Tizio ha venduto a Caio un fondo di cui Tizio stesso era in possesso e si credeva proprietario, benchè appartenesse a Sempronio, e Caio lo ha dato poscia in affitto a Tizio, il quale in corso dell'affittanza ha sofferto la evizione del godimento del fondo per parte di Sempronio. Egli è manifesto, che, in questo caso, Tizio non può pretendere veruna garanzia; perchè anzi lo stesso Tizio, come venditore di quel fondo, è garante verso Caio di quella evizione. In questo caso ha luogo la confusione delle due qualità di creditore e di debitore della garanzia.

Quarta regola. Se la causa dell'evizione dal godimento di tutto o di una parte del fondo, che il conduttore ha sofferto per parte di un terzo, non ha esistito se non dopo l'affittanza, il locatore è garante, qualora essa proceda dal suo fatto; qualora non proceda dal suo fatto, egli non è garante.

Il caso della prima parte di questa regola si verifica allorquando il locatore, dopo l'affittanza, ha, senza veruna necessità, venduto od alienato sotto qualche altro titolo, il fondo ad un terzo senza incaricarlo di rispettare l'affittanza; ovvero allorquando, dopo l'affittanza, ha imposto a favore di un fondo vicino un dritto di servitù. Ancorchè la vendita fosse stata forzata, cioè fatta dietro apprensione reale del fondo dei creditori del locatore, questi sarebbe parimenti tenuto alla garanzia del turbamento che fosse stato fatto al conduttore dell'aggiudicatario; perciocchè anche in questo caso, l'evizione è accaduta pel fatto del locatore, essendo un fatto suo proprio i debiti pei quali il fondo è stato venduto e che egli avrebbe dovuto pagare.

Ecco un esempio del secondo caso della esposta regola. Dopo l'affittanza che Tizio ha fatto a Caio di una casa, il governo ha costretto il locatore a vendergli la casa stessa a prezzo di stima, per essere demolita e costruito su quel fondo un pubblico edificio. Questo è un fatto che non procede dal locatore, il quale non ha potuto resistere alla pubblica autorità che ordinò la demolizione della casa. In questo caso Caio dee soltanto essere esonerato dalla

pigione pel tempo che rimane fino al termine dell'affittanza, dal momento in poi che egli è stato costretto ad evacuare la casa (codice franc., art. 1722).

Quinta regola. Il locatore è garante non solamente delle evizioni che privano intieramente il conduttore del godimento del fondo o di una parte di esso; ma egli è del pari garante delle molestie che tendono soltanto a restringere o diminuire il godimento stesso, come sarebbe la molestia che il conduttore soffre per parte di un terzo, il quale pretenda qualche dritto di servitù nel fondo; e riguardo alla garanzia di simili molestie è d'uopo fare le medesime distinzioni che sonosi fatte nelle regole precedenti rispetto alla garanzia delle evizioni (cod. franc., art. 1726).

Sesta regola. La garanzia ha luogo tanto s'è stato turbato il conduttore, quanto s'è stato turbato il sub-conduttore (cod. franc., *ibidem*).

§ 3. Dell'azione di garanzia che ha il conduttore ch'è turbato nel godimento.

Dall'obbligazione di garanzia che il locatore contrae verso il conduttore mediante il contratto di locazione, deriva l'azione di garanzia ch'è un ramo dell'azione *ex conducto*. In forza di quest'azione il conduttore che ha sofferto evizione o diminuzione di godimento della cosa a lui locata, domanda che il locatore sia condannato verso di lui ai danni ed interessi ch'egli soffre per tale evizione o diminuzione di godimento. Quest'azione ha luogo contra il locatore, suoi eredi ed altri successori, e contra coloro che hanno succeduto alla sua obbligazione, sia come fideiussori o si qualifichino locatori con lui. Ma coloro che sono intervenuti all'affittanza soltanto per prestarvi il loro consenso, non sono tenuti a quest'azione; eglino in forza del loro consenso si obbligano soltanto a non recare per parte loro veruno impedimento all'affittanza, ma non si obbligano a guarentire il conduttore dalla molestia che gli potessero recare gli altri. In ciò sono simili a coloro che prestano il loro assenso al contratto di vendita, i quali con questo assenso non si costituiscono garanti della vendita, e si obbligano soltanto a non recarvi impedimento per parte loro, secondo la regola giuridica: *Aliud est vendere, aliud venditioni consentire* (l. 160, Dig. *De regulis iuris*).

L'azione di garanzia *ex conducto* differisce dall'azione di garanzia *ex empto* in ciò che questa è aperta tosto che il compratore è citato pel rilascio, e l'azione *ex conducto* non si apre se non quando il conduttore è astretto a dimettersi dal godimento, od il suo godimento ha sofferto qualche attacco. Questa differenza deriva dalla differenza che passa tra il compratore ed il conduttore. Il compratore, mediante la tradizione della cosa venduta, acquista il possesso della cosa stessa e tutti i dritti del venditore; contro di lui, come vero

possessore della cosa, debbono essere dirette tanto l'azione di revindicazione di un terzo che pretende di esserne il proprietario, quanto le altre azioni di tutti coloro che vi pretendono qualche dritto; contro di lui queste azioni procedono: egli ha la qualità per opporvi difesa, e può farlo o da sè stesso, o mediante il venditore suo garante, il quale in forza dell' obbligazione di garanzia che ha contratto verso di lui, si reputa esservi obbligato di assumere la difesa contra le dette azioni, ogniqualvolta ne venisse contro di lui promessa alcuna. Laonde l'azione di garanzia *ex empto*, la quale deriva da questa obbligazione di garanzia è aperta tosto che il compratore è citato da un terzo, ed il compratore può da quel momento chiamare in garanzia il venditore, onde sia tenuto ad assumere la difesa. Al contrario il conduttore, mediante la tradizione fatta della cosa locata, non ne acquista propriamente il possesso, ma la semplice facoltà di goderne e di usarne, ed egli riceve tale facoltà del locatore il quale possede: *Per colonos et inquilinos possidemus* (legge 25, § 1, Dig. *De acquirenda possessione*). Il conduttore anzichè essere possessore, è un semplice detentore della cosa per colui dal quale tiene la cosa stessa in conduzione. Laonde le azioni dei terzi che pretendono il dritto di proprietà o qualche altro dritto nel fondo locato non procedono contra il conduttore, ma contra il locatore del quale il conduttore ha ricevuto il fondo stesso in affittanza, e ch'è il vero possessore del fondo medesimo; e se il conduttore è citato da un terzo per qualcheduna di queste azioni, non è obbligato a difendere nè per sè stesso, nè mediante altra persona; non ha nemmeno qualità per difendere; non è obbligato se non ad indicare all'attore la persona della quale egli tiene il fondo in conduzione, e dietro questa indicazione deve essere licenziato dalla domanda, e l' attore deve essere rimandato ad agire contra quella persona. D'onde segue che l'azione di garanzia *ex conducto* non è aperta contra il locatore mediante la citazione fatta al conduttore da un terzo pel rilascio del fondo che questi tiene in conduzione; perciocchè il conduttore non essendo obbligato, come abbiamo detto, a difendere sia per sè stesso, sia mediante altra persona, dalla detta azione, la quale non procede contro di lui e non avendo nemmeno qualità per difendere, il locatore non può essere obbligato ad assumere la sua difesa.

Quest' azione di garanzia non avrà luogo se non allorquando, dietro la condanna intervenuta contra il locatore, in confronto del quale il terzo è stato rimandato ad agire, o dietro l'acquiescenza del locatore alla domanda di quel terzo, il conduttore fosse stato costretto a dimettersi dal godimento di tutto o di una parte del fondo che teneva in conduzione od a soffrire l'esercizio del dritto di servitù preteso dall'attore. Soltanto da quel giorno o al più dal giorno dell'intimazione di evacuare i luoghi fatta al conduttore da quel terzo, in esecuzione della sentenza di condanna intervenuta

contra il locatore a favore di quel terzo, o dall'acquiescenza del locatore alla domanda dello stesso terzo, nasce l' azione *ex conducto* che ha il conduttore contra il locatore, onde questi sia tenuto a farlo godere della cosa locata, e non potendo egli far ciò, il detto conduttore sarà esonerato dall'affittanza pel tempo che rimane alla sua durata, ad il conduttore sarà condannato verso di lui ai danni ed interessi.

Quest' azione di garanzia contra il locatore in caso di evizione, ha due oggetti ossia due capi :

1. L'esonero del fitto pel tempo rimanente della sua durata dopo l' evizione ;

2. I danni ed interessi che il conduttore ha sofferto da questa evizione. I danni ed interessi , di cui si parla , si determinano , come abbiamo veduto nell' azione precedente , nella stessa guisa che si determinano quelli dovuti dal locatore per mancanza di avizione.

§ 4. Eccezione di garanzia.

Se l'obbligazione di garanzia attribuisce un'azione contra il locatore , suoi eredi ed altri successori universali *ut praestet ipsi frui licere*, viene di conseguenza che gli attribuisce pure una eccezione contra le azioni di dette persone che tendessero ad impedirgli il godimento , secondo la regola: *Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit* (l. 156, § 1, Dig. *De regulis iuris*). I principî relativi a questa eccezione di garanzia sono i medesimi di quelli da noi stabiliti nell' articolo *compra-vendita*, relativamente all' eccezione di garanzia che nasce dall' obbligazione di garanzia che il venditore contrae col contratto di vendita.

Art. III. — Obbligazione di mantenere la cosa locata in modo che il conduttore possa goderne.

L' obbligazione che il locatore col contratto di locazione contrae col conduttore di farlo godere della cosa locata (*praestare frui licere*) abbraccia la obbligazione di mantenere la cosa in modo che egli possa goderne (cod. franc., art. 1720; cod. aust., § 1096). Per esempio , il locatore si reputa obbligato per l' affittanza che ne ha fatto, al mantenimento, durante tutto il tempo dell'affittanza, di tutte le riparazioni necessarie, onde tutte le stanze, di cui la casa è composta , servano all'uso conveniente , tanto se le dette riparazioni fossero state al tempo del contratto ancora da eseguirsi, quanto se la necessità di farle fosse sopraggiunta in corso dell'affittanza (cod. franc., art. 1719). Parimenti il locatore di una possessione dee fare agli edifici della possessione tutte le riparazioni per mantenere il conduttore chiuso e coperto, ed affinchè i bestiami ed i grani siano sicuri. L' obbligazione del locatore di

mantenere la cosa locata in modo che il conduttore ne possa godere riguarda anche la locazione di cose mobiliari.

Vi sono per altro alcune piccole riparazioni di mantenimento, alle quali le leggi o le consuetudini assoggettano i conduttori. Queste specie di riparazioni relativamente alle locazioni delle case sono espressamente contemplate dal codice francese. Le riparazioni *locative* (dic'egli) ossia di piccola manutenzione che restano a carico dell' inquilino, se non vi è patto al contrario, sono quelle che vengono per tali indicate dalla consuetudine de'luoghi, e fra le altre sono le riparazioni da farsi: ai focolari, frontini, stipiti ed architravi dei camini; all'incrostamento al basso delle muraglie degli appartamenti ed altri luoghi di abitazione fino all' altezza di un metro; al pavimento e quadrelli delle camere, quando solamente in piccola parte essi siano rotti; ai vetri, eccetto che siano stati rotti dalla grandine, o per qualche altro accidente straordinario o di forza irresistibile, per cui l'inquilino non possa essere risponsabile. Inoltre le riparazioni da farsi alle imposte degli usci, ai telai delle finestre, alle tavole dei tramezzi, od alle imposta delle botteghe, ai cardini, chiavistelli o serrature (art. 1754). Nessuna delle predette riparazioni è a carico dell' inquilino, quando esse sono cagionate da vetustè o da forza irresistibile (art. 1755). Lo spurgamento de'pozzi e delle latrine sono e peso del locatore, se non vi è patto in contrario (art. 1756). L'affitto dei mobili somministrati per l'addobbo di una casa intiera, di un appartamento, bottega o di qualunque altro locale, si considera fatto pel tempo per cui secondo la consuetudine de' luoghi sogliono ordinariamente durare le locazioni delle case, appartamenti, botteghe ed altri locali.

Dall'obbligazione del locatore di mantere la cosa in modo che il conduttore o l'inquilino ne possa godere, nasce un' azione che il conduttore medesimo o l'inquilino ha contro di lui, onde venga condannato a fare le dette riparazioni; e quest'azione è un ramo dell' azione *ex conducto*. Quando il locatore citato per quest' azione, non conviene intorno alle riparazioni domandate dal conduttore, il giudice ordina l'ispezione per rilevarle; e quando sono state rilevate, il locatore viene condannato a farle eseguire entro un certo tempo che il giudice dee concedergli; e mancando il locatore di farle eseguire nel tempo che gli è stato prefisso, il conduttore è autorizzato a farle eseguire e farsi la trattenuta della spesa sopra le pigioni da lui dovute, e se non sono da lui dovute, deve essere rimborsato dal locatore.

Se per avere il locatore ritardato di fare le riparazioni dopo di essere stato costituito in mora, il conduttore ha sofferto qualche danno, il conduttore può eziandio, mediante quest'azione, ottenere contra il locatore la condanna al risarcimento dei danni ed interessi. I codici francese ed austriaco non contengono, per verità, veruna disposizione intorno a queste azioni; ma esse naturalmente

derivano dall' obbligo di mantenere la cosa locata, del quel obbligo il primo effetto è certamente l'azione di risarcimento.

Art. IV. — Obbligazione di guarentire il conduttore dai vizii della cosa locata che ne impedissero il godimento o l' uso.

Anche queste obbligazione è abbracciata dall' obbligazione che col contratto di locazione il locatore contrae di far sì che il conduttore goda della cosa locata; perciocchè quando diciamo che il locatore si obbliga di guarentire da tali vizii, ciò non dee intendersi nel senso che il locatore si obbliga d' impedire che la cosa locata abbia tali vizii, il che è impossibile se la cosa stessa ne ha realmente (l. 31, Dig. *De evictionibus*); ma ciò dee intendersi nel senso che il locatore si obbliga, nel caso che la cosa avesse tali vizî, di riparare i danni e gl'interessi che il conduttore ne soffre, od almeno di esonerarlo dai fitti o dalle pigioni secondo i vari casi, come vedremo in appresso. Su questo argomento esaminiamo:

1. Quali sono i vizî che il locatore è obbligato di guarentire;
2. L' azione che nasce da questa garanzia.

1. I vizî della cosa locata che il locatore è obbligato a guarentire sono quelli che ne impediscono affatto l' uso; egli non è obbligato a guarentire quelli che ne rendono solamente meno comodo l'uso. Per esempio, se in una prateria locata per pascolare bestiami crescono erbe venefiche ai bestiami, questo è un vizio che impedisce assolutamente l' uso della detta prateria, e di cui per conseguenza il locatore dee guarentire il conduttore. Così pure se sono state locate botti per mettervi vino nel tempo delle vendemmie, e quelle botti sono fatte di legno poroso che non possa contenere il vino che vi si mette; questo è un vizio che ne impedisce assolutamente l' uso, e per conseguenza il locatore è tenuto a guarentirlo. S'è stato locato un cavallo per fare un viaggio ed ha qualche vizio che lo ponga fuori di stato di poterlo fare questo è un vizio che il locatore dee guarentire. Ma se il cavallo ha qualche vizio leggero, come s'è un poco ombroso, o un poco restio, e se talora è calcitrante; questi essendo vizi che ne rendono solamente meno comodo l'uso, ma non ne impediscono assolutamente l'uso, perchè tutto giorno si fanno lunghi viaggi con cavalli ombrosi, restii e calcitranti, il locatore non è obbligato a guarentire di simili vizî.

Il locatore è garante dei vizi di cui aveva cognizione egualmente che di quelli che non conosceva, quando impediscono il godimento e l'uso della cosa (cod. franc., art. 1721).

Il locatore è obbligato a guarentire i vizî che impediscono l'uso della cosa, non solamente s' esistevano al tempo del contratto di locazione, ma eziandio se sono sopraggiunti dopo. In ciò il locatore differisce dal venditore; perciocchè nel contratto di vendita, il ven-

ditore non è garante se non dei vizi ch'esistevano al momento del contratto di vendita (Vedi *compra-vendita*). La ragione della differenza si è perchè il contratto di vendita essendo perfetto col consenso delle parti, la cosa venduta cessa subito di stare a rischio del venditore e passa a rischio del compratore; ed in vece nel contratto di locazione la cosa locata rimane sempre a rischio del locatore.

Un' altra ragione della differenza è che nel contratto di vendita la cosa stessa venduta forma l' oggetto del contratto ; basta che questa cosa abbia esistito, benchè sia perita dopo, affinchè il contratto di vendita abbia avuto un oggetto, ed acciocchè l'obbligazione che il compratore ha di pagarne il prezzo, sussista. Per lo contrario, nel contratto di locazione, non già propriamente la cosa locata, ma piuttosto il godimento della cosa stessa continuato per tutto il tempo che durar dee l'affittanza è quello che forma l'oggetto del contratto. Laonde, quando il conduttore cessa di averne questo godimento, manca l'oggetto del contratto, ed il conduttore non può essere obbligato a pagare il prezzo del godimento che non ha (cod. franc., art. 1721 e 1722).

Vi possono essere vizi sopraggiunti dopo l'affittanza , di cui il locatore è garante, benchè non ne sarebbe stato garante se avessero esistito al tempo del contratto. Per esempio, se è stata data una casa in affitto ad un artefice che ha bisogno di gran luce per l'esercizio dell'arte sua, e dopo l'affittanza il proprietario della casa ch'è dirimpetto, l'ha alzata talmente ch'è tolta tutta la luce all'altra casa affittata , il locatore è garante di questo difetto di luce sopraggiunto dopo l'affittanza, e l'inquilino ha il dritto di domandargli l'esonero della pigione, poichè l'oscurità gl'impedisce l'uso di una casa ch'egli non ha preso in affitto se non per esercitarvi la sua arte. Ma se siffatto vizio avesse esistito al momento del contratto, il locatore non ne sarebbe garante; perciocchè l'inquilino lo avrebbe conosciuto , od avrebbe dovuto conoscerlo (cod. franc., art. 1721).

Il locatore non è garante dei vizi ch'egli ha eccettuati dalla garanzia con una clausola espressa nel contratto. Per esempio, benchè il vizio di cecità che sopraggiunge ad un cavallo sia un vizio di cui il locatore deve essere garante quando il cavallo è stato noleggiato ad una persona che lo prendeva per cavalcarlo, poichè siffatto vizio impedisce di potersene servire all'uso per cui è stato preso; tuttavia se con una clausola espressa si è detto che il locatore non intendeva di garantire della cecità che poteva sopraggiungere al cavallo, egli non ne sarà garante , ed il conduttore non potrà domandare la risoluzione del contratto, salvo a lui d'impiegare il cavallo durante il tempo dell'affittanza, agli usi ai quali un cavallo cieco può servire. Questa decisione per altro ha luogo qualora la clausola di eccezione sia stata apposta di buona fede; perciocchè se il cavallo era già cieco , od aveva una tendenza

prossima alla cecità, che il locatore ha dissimulato al conduttore che non ne aveva cognizione, in questo caso il locatore sarà tenuto di soffrire la risoluzione del contratto a causa del suo dolo, ad onta della clausola del contratto medesimo. Così argomentasi dalla legge 14, § 9, Dig. *De aedilitio edicto*.

Il locatore è garante non solamente de' vizi ch' esistono nella cosa ch'è stata principalmente locata, ma eziandio di quelli ch'esistono nelle cose accessorie, allorchè impediscono il godimento della cosa locata.

2. Ora passando a parlare dell' azione che nasce dalla garanzia dei vizi della cosa locata, osserviamo che questa azione è un ramo dell' azione personale *ex conducto* che il conduttore ha contra il locatore, ed essa ha per oggetto principale la risoluzione del contratto di locazione, e l'esonero de'fitti o pigioni della cosa, i vizi della quale impediscono il conduttore di poterne far l'uso per cui egli l'aveva destinata quando la prese in affitto. Il conduttore per ottenere questo fine dee offrire la restituzione della cosa. Laonde questa azione è una specie d' azione *redibitoria* ed è analoga all'azione redibitoria che il compratore ha contra il venditore pei vizi redibitori della cosa venduta (Vedi *compra-vendita*).

Qualche volta quest' azione ha un secondo capo che ha per oggetto di far condannare il locatore ai danni ed interessi che il conduttore ha sofferto per la cosa locata. Riguardo a quelli ch'esistevano fino al tempo del contratto si debbono fare alcune distinzioni. Allorquando il locatore aveva cognizione del vizio, l' averlo dissimulato al conduttore è una mala fede, un dolo per parte del locatore medesimo , che l' obbliga alla riparazione dei danni ed interessi del conduttore. Benchè il locatore non avesse avuto una cognizione positiva del vizio della cosa, se aveva giusto motivo di sospettarlo e lo ha dissimulato , è pure tenuto in questo caso ai danni ed interessi. Per esempio, s' è stato locato per un certo tempo un paio di buoi per arare la terra , i quali furono comprati dal locatore in un luogo ove regnava un male contagioso negli animali cornuti , benchè al momento in cui intervenne il contratto, il locatore stesso non ne avesse avuta cognizione positiva che fossero infetti dal contagio che non erasi ancora spiegato, tuttavia s' egli dissimulò la loro provenienza dal luogo dove regnava il contagio, ciò che faceva nascere un gisto motivo di sospettarli infetti , sarà tenuto il locatore a tutto il danno che il conduttore avesse sofferto per aver comunicato il morbo alle altre bestie (cod. franc., art. 1721).

Allorquando il locatore doveva per sua professione essere informato del vizio della cosa da lui locata, è tenuto alla riparazione dei danni ed interessi del conduttore , senza che fia d' uopo esaminare se veramente egli ne avesse cognizione. Per esempio , se sono state prese a nolo da un bottaio alcune botti per mettervi vino al tempo della vendemmia, e le botti fossero fatte con cat-

tivo legno, quel bottaio è tenuto alla riparazione di tutta la perdita che il vizio di dette botti hanno cagionato al conduttore, e non potrebbe scusarsene dicendo che egli non ne conosceva il vizio; perciocchè la sua professione l'obbligava a conoscere la qualità del legname che impiegava, ed a non impiegarne se non di buona qualità, ovvero se non fosse stato un bottaio, ma un mercante, la sua professione di mercante l'obbligava ad aver cognizione della mercanzia di cui faceva commercio; poichè è sempre colpa l'immischiarsi in ciò che non si conosce: *Imperitia culpae adnumeratur.* Così decide la legge 19, § 1, D·g. *Locati. Si quis dolia vitiosa ignorans locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia eius erit excusata* (cod. franc., *ibidem*).

Eccettuato questo caso, il locatore che non conosceva nè doveva conoscere il vizio della cosa da lui locata, non è tenuto a risarcire la perdita che il conduttore ha sofferto dal vizio della cosa stessa, e non è tenuto se non a ripigliarla, e ad esonerare il conduttore dalla mercede. Per esempio, se alcuno ha locato un pascolo in cui erano cresciute erbe cattive non solite a crescervi le quali hanno fatto morire il bestiame del conduttore, il locatore che non ne aveva cognizione, non sarà tenuto a risarcirlo della perdita che ha sofferto ne' suoi bestiami, ma solamente è tenuto ad esonerarlo del fitto. Così decide la legge 19. § 1, citata qui sopra: *Aliter atque si saltum pascuum locasti in quo herba mala nascebatur hic enim si pecora vel demortua sunt vel deteriora facta; quod interest praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes.*

ART. V. — Obbligo del locatore di rimborsare le spese al conduttore.

La buona fede obbliga il locatore a rimborsare al conduttore tutte le spese necessarie e straordinarie da lui fatte nella cosa locata. Per esempio, se fosse stato preso a nolo un cavallo per fare un viaggio, e questo si fosse ammalato senza colpa del conduttore, il locatore sarebbe tenuto a rimborsarlo di tutte le spese della cura e dei medicamenti prestati di buona fede dal conduttore stesso; guarito o morto che fosse il cavallo da tale malattia, perchè il conduttore avrebbe fatto quello che il locatore stesso avrebbe fatto. Parimente il locatore dovrebbe le spese di mantenimento di detto cavallo per tutto quel tempo che il conduttore non ha potuto servirsene, essendochè durante un tal tempo, non solamente non dee pagare il nolo, perchè era nell'impossibilità di servirsene, ma il cavallo non dee essere a sue spese. Rispetto alle spese di nutrizione e di ferratura per tutto il tempo che il conduttore si serva, o può servirsi del cavallo esse sono a carico del conduttore medesimo.

Similmente riguardo alle case, quantunque l'inquilino non venga

facilmente ammesso a pretendere il rimborso delle riparazioni da lui fatte senza avvertirne, potendo, il locatore; tuttavia se si giunge a provare che tali riparazioni erano indispensabili, il locatore deve essere condannato a reintegrare l'inquilino di quanto per lo stesso ha esborsato, non essendo giusto che il locatore ne approfitti; *Neminem equum est cum alterius damno locupletari.* Riguardo poi alle spese soltanto utili dallo inquilino incontrate, egli non può pretenderne il rimborso dal locatore, il quale non le abbia ordinate; ma dee almeno essere permesso all'inquilino di asportare al termine dell' affittanza quanto egli potrà dalla casa, tornando in pristino a sue spese le cose nello stato in cui erano in modo che la casa non ne risenta verun detrimento (L. 19, § 4, Dig. *Locati*). Se il conduttore, dice il cod. aust., ha fatto nella casa locata delle spese necessarie od utili ch'erano a carico del locatore, si considera come un amministratore senza mandato (§ 1097). Il cod. franc. non tratta delle riparazioni nè delle spese reclamate dal conduttore; esso lascia all'arbitrio dei giudici questa parte del contratto di locazione che può variare all'infinito a seconda dei casi.

Sez. III. — Obblighi del conduttore.

Dalla definiziona che abbiamo data del contratto di locazione al principio di questo articolo appare che l' obbligo principale del conduttore derivante della natura del contratto è quello di pagare al locatore il prezzo convenuto per l'uso della cosa locata (cod. franc., art. 1728). Questo prezzo chiamasi comunemente *affitto*, ma gli si applicano pure i nomi di *canone*, *mezzadria*, ec. allorchè la cosa locata è un fondo rustico; e *pigione* trattandosi di case.

Art. I. — Quando e dove pagar debbasi l'affitto e se si debbano pagare gl' interessi del medesimo.

§ 1. Quando pagar si debba l'affitto.

Si conviene talvolta di pagare una sola somma per tutto il tempo dell'affittanza, ed in tal caso tale somma deve essere pagata allo spirare di quel tempo. Qualche volta l'affitto o la pigione si ripartisce per anno, per mese, per settimana ed anche per giorno; in tal caso le rate debbono essere corrisposte a norma del convenuto, cioè spirato che sia l'anno ed il mese, la settimana ed il giorno, ec.

Allorchè io affittassi un fondo per una certa somma annuale, l'affitto essendo il prezzo della raccolta, si dee pagare la detta somma propriamente al termine della stessa raccolta. Non ostante essa non è sì tosto esigibile, ma conviene dar tempo al conduttore di

battere i suoi grani e raccogliere danari. Se nel contratto è prefisso il giorno in cui il conduttore debba effettuare il suo pagamento, cessa ogni difficoltà, poichè si può esigere la somma tosto che il giorno è spirato. Ma se non fosse prefisso alcun termine al pagamento, allora conviene riportarsi a quel termine che dalla consuetudine del luogo in cui si pagano gli affitti, è stabilito; perciocchè le parti non essendo spiegate intorno a ciò si presume che ognuno di esse siasi conformata alla consuetudine locale. *In contractibus veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis.*

§ 2. Dove dee pagarsi l'affitto.

Allorquando è espresso il luogo del pagamento, esso dee farsi nel luogo stabilito. Se poi le parti non si sono intorno a ciò spiegate, il pagamento degli affitti dee farsi al domicilio del conduttore che n'è il debitore.

Benchè nell'affittanza sia stipulato che l'affitto in biade sarà consegnato alla casa del locatore se il locatore dopo il contratto va a stabilire il suo domicilio in luogo più lontano dal conduttore, questi non è obbligato di trasportar le biade al nuovo domicilio del locatore; perocchè la condizione del conduttore, il quale non si è obbligato se non a condurre le biade dove allora il locatore dimorava, non dee peggiorare a cagione del trasferimento di domicilio del locatore che non si poteva prevedere; ed è questo il caso della regola giuridica *nemo alieno facto praegravari debet.*

§ 3. Interessi dell'affitto.

Il conduttore ch'è in mora di pagare l'affitto consistente in danaro; dee l'interesse della somma dal giorno della domanda giudiziale; perciocchè egli dee questa somma principalmente e non come accessorio di verun altro debito e per conseguenza il debito di questa somma a tale riguardo è debito di un capitale, il quale come ogni altro debito, può produrre gl'interessi dal giorno della domanda.

Art. II. — In qual caso al conduttore debba farsi la remissione dell'affitto totale o parziale.

Riguardo a ciò stabiliremo alcuni principii generali, di cui in appresso faremo l'applicazione alle locazioni delle case, alle locazioni de'fondi rustici, ed alle locazioni di opere e de' servigi. Per ultimo, tratteremo della clausola colla quale il conduttore s' incarica dei casi fortuiti.

§ 1. Principii generali.

Primo principio. Al conduttore dee farsi la remissione dell'affitto nella totalità quando il locatore non gli ha procurato il godimento o l'uso della cosa locata (cod. franc., art. 1719);

La ragione di questo principio è che il contratto di locazione si risolve in una specie di contratto di vendita dei frutti futuri, ossia dell'uso futuro della cosa locata, il cui affitto è il prezzo. Ora, siccome il contratto di vendita de' frutti futuri non è valido ed il prezzo non è dovuto se non in quanto i frutti nasceranno, e colla loro esistenza formeranno la materia del contratto, così deesi decidere egualmente che l'affitto non può essere dovuto allorquando il conduttore non ha potuto aver alcun godimento nè uso, di cui questo affitto è il prezzo.

Secondo principio. Al conduttore a cui il locatore non ha potuto far aver il godimento della cosa durante una parte del tempo dell'affittanza, dee farsi la remissione dell'affitto pel tempo durante il quale non ha potuto goderne (cod. franc., art. 1722).

La ragione si è che ciascuna parte dell'affitto è il prezzo del godimento di ciascuna parte, del tempo che dee durare l'affittanza; e per conseguenza non può essere dovuto l'affitto per la parte del tempo in cui il conduttore non ha avuto nè potuto avere questo godimento.

Terzo principio. Al conduttore, a cui il locatore non ha fatto avere il godimento di qualche parte della cosa locata, dee farsi la remissione dell'affitto per questa parte durante il tempo in cui egli non ha potuto averne il godimento (cod. franc., *ibidem*).

Siffatto principio, ch' è una conseguenza del precedente, può per altro soffrire qualche limitazione, come vedremo in appresso ove ne faremo l'applicazione.

Quarto principio. Il conduttore non può domandare remissione dell' affitto quando l' impedimento ha proceduto dalla parte sua.

Basta in questo caso che vi sia un godimento od uso possibile della cosa locata che il conduttore, o per sè stesso o col mezzo di altre persone, era in facoltà di avere, onde l' affitto ne sia dovuto.

Quinto principio. L'affitto non è dovuto se non pel godimento che il locatore ha avuto in virtù della affittanza.

Secondo questo principio, se il conduttore, in corso dell' affittanza, ha acquistato la piena proprietà, od almeno l'usufrutto della cosa a lui locata, deve essere esonerato dall'affitto pel tempo dell'affittanza che resterà a decorrere dopo che ha acquistato la piena proprietà o l'usufrutto della cosa medesima (l. 34, § 1, Dig. *De usuf.*; l. 9, § fin., Dig. *Locat.*); perciocchè, veramente non ne gode più in forza dell'affittanza, ma nella sua qualità di proprietario o di usufruttuario.

Sesto principio Quando il conduttore non è rimasto assolutamente privo del godimento della cosa, ma per un accidente impreveduto il suo godimento ha sofferto alterazione od una diminuzione assai considerabile, egli può domandare una diminuzione proporzionata di affitto pel tempo in cui il suo godimento è stato diminuito (cod. franc., art. 1722).

Vedremo in seguito l'applicazione di questi principî.

§ 2. Applicazione dei principii alla locazione delle case.

Secondo i principî esposti nel paragrafo precedente, quando il locatore di una casa, nel giorno in cui il conduttore dee entrare nel godimento della medesima, è in mora di consegnarli le chiavi, il conduttore, fino a tanto che non entra nel godimento, non dee pagare le pigioni.

Ancorchè il locatore offrisse di consegnare le chiavi, se la casa si trova inabitabile pel cattivo stato in cui è ridotta, benchè senza colpa del locatore, a cagione d'esempio, per un turbine improvvisamente accaduto pochi giorni prima del giorno in cui il conduttore doveva entrare nel godimento, questi può ricusare di prendere le chiavi; e se consta che la casa non è abitabile, il conduttore non dovrà pagare la pigione fino a tanto che la casa non sia ristaurata, ed in appresso non siano state al conduttore nuovamente offerte le chiavi (cod. franc., art. 1722).

Il conduttore può ez andio domandare di essere esonerato assolutamente onde potersi provvedere altrove di casa, non essendo egli obbligato di rimanerne senza, aspettando che siano fatte le riparazioni. Nondimeno al locatore si permette, specialmente quando non è in colpa di offrire in questo caso al conduttore l'abitazione in un'altra casa, fino a tanto che siano compite le riparazioni. Così argomentasi dalla legge 60, Dig. *Locati*. Tale offerta impedisce la risoluzione dell'affittanza e la pigione decorre dal momento dell'offerta fatta dal locatore di consegnare al conduttore le chiavi della casa, dove si vuole frattanto farlo abitare. Questi espedienti però non sono ammessi nè dal codice francese nè dal codice austriaco.

Qualunque sia la causa che impedisce il locatore di poter far entrare il conduttore nel godimento della casa, il conduttore, fino a tanto che non vi entra, non dee pagare le pigioni; come sarebbe, per esempio, se al tempo che il conduttore deve entrare nella casa, la città nella quale è situata quella casa fosse assediata dal nemico od infettata dalla peste, il conduttore che trovasi fuori di quella città e per conseguenza non può entrare nel godimento della casa medesima, essendo chiuso l'accesso dalla guerra o dalla peste, non deve pagare le pigioni.

Secondo i medesimi principii, quando il conduttore dopo di essere entrato nel godimento della casa, è per una forza mag-

giore costretto a sloggiarvi, non dee più le pigioni dal giorno in poi che ha dovuto sloggiare; per esempio, se il conduttore è stato costretto a sloggiare dalla casa a lui locata prima del termine dell'affittanza a motivo che la casa minacciava rovina, la pigione cesserà di decorrere e dal giorno dello sloggio non sarà più tenuto a pagarla. Ma acciò questa decisione abbia luogo, (Alfeno l. 27, § 1, Dig. *Locati*), esige il concorso di due circostanze:

1. Che il conduttore abbia avuto giusto motivo di temere la rovina della casa; non è però necessario che la caduta della casa abbia giustificato questo timore, ma basta che sia stata ragione di temerla;

2. Che il locatore abbia mancato di offrirgli un' altra abitazione durante il tempo del ristauro o ricostruzione della casa (l. 60, eod. tit.). Allorquando concorrono questi due estremi, il conduttore è esonerato dalla pigione pel tempo rimanente dell'affittanza, ancorchè il locatore, dopo di aver ristabilita la casa, gliene facesse l'offerta; poichè il conduttore che si trovò in necessità di provvedersi di un'altra, non è più obbligato a riprenderla (d. l. 60. Dig. d. tit.).

Se il conduttore non è rimasto privo della totalità, ma solamente di qualche parte della casa che gli è stata locata, si deve fargli la remissione di una parte proporzionata della pigione. Per altro, se le riparazioni che si rendono necessarie in corso dell'affittanza privano il locatore di una parte della casa per breve tempo, il conduttore deve soffrirne l'incomodo senza poter domandare veruna diminuzione della pigione; perciocchè accadendo ordinariamente che nel corso dell'affittanza sopravviene la necessità di fare riparazioni, il conduttore che doveva prevederne il caso si presume essersi assoggettato a soffrirne l'incomodo: *Habitatores non si paulo minus commode aliqua parte coenaculi utentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem domum aliquid demoliri oportet, aliquam partem parvulam incommodi sustineret* (l. 27, Dig. *Locati*; cod. franc.. art. 1724).

Quando l'ostacolo che al conduttore ha impedito di entrare nel godimento della cosa locatagli, o che gli ha impedito la continuazione del godimento, e lo ha costretto a sloggiare, è un impedimento che proviene soltanto dalla parte del conduttore, egli non può per questo domandare la remissione della pigione. Ciò è conforme al quarto principio; basta che la casa sia abitabile, che il locatore sia pronto ad accordarne il godimento al conduttore e questi possa occuparla o per lui o col mezzo di altri, onde le pigioni siano dovute.

Per applicare il sesto principio all' affittanza delle case suppongasi che sia stato locato ad alcuno un albergo lungo una strada maestra, e che dopo ed in corso dell'affittanza, la strada maestra

abbia cangiato di maniera che l' albergo stesso assai frequentato, per lo innanzi, non essendovi più il passaggio di quella strada maestra, sia diventato deserto. In questo caso, quantunque il conduttore goda di tutte le parti della casa, ha il dritto di domandare che gli venga diminuita la pigione; poichè il godimento di quell' albergo, per essersi cangiata la strada maestra, ha sofferto una alterazione ed una considerevole diminuzione (cod. franc., artic. 1722; cod. aust. §§ 1112 e 1117). Ma se al momento dell' affittanza quell' albergo affittato ad un albergatore era il solo nel luogo, ed in corso di affittanza, sono stati stabiliti altri alberghi nel luogo medesimo, i quali hanno diminuito di molto il profitto che il detto albergatore ritraeva dall' albergo locatogli; si domanda se egli possa domandare la diminuzione della pigione? Si risponde negativamente. La ragione della differenza si è che era facile il prevedere lo stabilimento di altri alberghi nel luogo; ed il conduttore prendendolo in affitto poteva prevedere quell' avvenimento; mentre che non si poteva prevedere il cangiamento della strada.

Applicazione dei principii alle locazioni dei fondi rustici. Secondo i principi precedentemente esposti, quando il conduttore per una forza maggiore è rimasto privo della raccolta dei frutti di qualche annata, come sarebbe se il nemico in una scorreria avesse saccheggiato tutte le biade ancora immature di quella possessione che tiene in affitto; ovvero se tutti i frutti che erano attaccati al suolo fossero periti per inondazione di fiume, o per altro simile accidente: in questi casi al conduttore si dee fare la remissione del fitto di quell' anno (l. 15, § 2, Dig. *Locati*; cod. fran., articolo 1769). Se poi l' accidente di cui si ragiona, avesse cagionato non già la perdita totale, ma la perdita di una parte assai considerevole dei frutti, avrebbe luogo la remissione del fitto di quell' anno, non già per totalità, ma per una parte proporzionata alla perdita (cod. franc., *ibidem*).

Affinchè siffatte remissioni abbiano luogo, è mestieri che più circostanze vi concorrano:

1. Bisogna che la cagione della perdita dall' affittuario sofferta, sia una forza maggiore che egli non avrebbe potuto impedire per quanto previdente fosse stato (cod. franc., art. 1769);

2. È d' uopo che la perdita cada sopra i frutti ancora pendenti; perciocchè appena raccolti il fitto è dovuto. Tosto che i frutti vengono staccati dal suolo, appartengono al conduttore o colono, e debbono per conseguenza rimanere a suo rischio. Egli è perciò che se poco dopo la messe il fulmine cadesse nel granaio, e tutto ne incenerisse il raccolto, se tutto il vino che l' affittuario ha imbottato s' inacetisse, egli non potrebbe per questo pretendere remissione di sorta (leg. 15, § 2, Dig. *Locati*; codice francese, articolo 1771);

3. Bisogna che il danno sia stato considerevole: *modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum*

non aufertur (l. 25, § 6, Dig. *Locati*; cod. franc., art. 1170). È stata altre volte agitata la questione di sapere quale debba essere la quantità del danno cagionato da una forza maggiore sopra i frutti ancora pendenti, affinchè il colono possa pretendere la remissione di una parte dell'annata di fitto? I codici moderni l'hanno decisa. Se l' affittanza, dice il codice francese, è fatta per più anni, e che durante la stessa, la totalità od almeno la metà della raccolta di un anno venga a perire per casi fortuiti, il conduttore può domandare una riduzione del fitto; eccetto che sia risarcito dalle precedenti raccolte. Se non è risarcito, non si fa luogo a determinare la riduzione che al fine dell'affittanza, nel qual tempo si fa un conguaglio con i frutti percepiti in tutti gli anni della medesima. Frattanto il giudice può dispensare provvisionalmente il conduttore del pagamento del fitto in proporzione del danno sofferto.

Se l'affittanza non è che per un anno, e sia occorsa la perdita o della totalità, o almeno della metà dei frutti, il conduttore era liberato di una parte proporzionata del fitto. Non potrà pretendere alcuna riduzione se la perdita è minore della metà. Nel contratto di fitto è dovuta al conduttore una diminuzione della mercede se, per casi straordinari, i frutti del fondo locato per un solo anno sono diminuiti di oltre la metà del prodotto ordinario. Il locatore in questo caso dee rilasciare quanto per tale diminuzione manca del prodotto al compimento del fitto. Affinchè abbia luogo la remissione, è d' uopo che la perdita della raccolta dell' anno per cui l' affittuario la domanda, non sia stata ricompensata dalle precedenti o successive fertili annate.

Ci rimane da osservare che quanto abbiamo detto riguardo alla remissione del fitto per danni sofferti, per casi fortuiti, non ha luogo riguardo alle affittanze parziarie che danno al locatore, per prezzo dell' affitto, la metà, il terzo, od altra porzione aliquota dei frutti che si raccolgono. Qualunque accidente sopravvenga ai frutti prima del raccolto, questi tali conduttori non possono pretendere veruna remissione, e devono dare al locatore la porzione contenuta del poco che si raccoglie, perciocchè le affittanze di tal fatta contengono una specie di società, ed è dell' essenza della società che la perdita si divida tra i soci in proporzione della parte che ciascuno vi dee prendere. Se il proprietario, dice il codice austriaco, dà in affitto il suo fondo con la condizione che il conduttore lo coltivi e dia al locatore una parte di frutti determinata, in relazione a tutte le rendite, per esempio, il terzo o la metà, non esiste il contratto di locazione, ma di società; e si regola coi principî per quest' ultimo stabiliti (§ 1103).

Convenzione colla quale il conduttore si assoggetta ai casi fortuiti. Se si ha espressamente convenuto che il *conduttore non possa pretendere veruna diminuzione di affitto per qualsiasi accidente che avvenga*, l' affittuario può senza dubbio, con una con-

venzione espressa, assoggettarsi ai casi fortuiti. Ma quali infortuni abbraccia questa convenzione? Bartolo (ad l. 78, § fin., Dig. *De contrahenda emptione*) e parecchi dottori che gli tennero dietro, insegnano che, sebbene il conduttore si fosse incaricato espressamente del pericolo di tutti gl' infortunii che potessero accadere sopra i frutti, senza potere per tale motivo pretendere veruna diminuzione dei fitti, nondimeno questa convenzione abbraccia soltanto gl' infortunii che accadono ordinariamente, e non quelli che accadono rare volte, e per conseguenza non si possono prevedere al momento della convenzione, secondo la regola giuridica: *Non videtur continui pacto id de quo cogitatum non est.* Questa giurisprudenza è stata adottata dai moderni codici.

L' affittuario, dice il codice francese, può con una espressa convenzione assoggettarsi ai casi fortuiti; ma questa convenzione non s' intende fatta che pei casi fortuiti ordinarii, come la grandine, il fulmine, la gelata o brina. Essa non s' intende fatta pei casi fortuiti straordinarii, come le devastazioni della guerra, o una inondazione, cui non sia d' ordinario sottoposto il paese, eccetto che il conduttore siasi assoggettato a tutti i casi fortuiti preveduti ed impreveduti (art. 1772 e 1773). Se il conduttore, dice il cod. austriaco, ha assunto indeterminatamente tutti i pericoli a suo carico, dee ciò intendersi soltanto degl' infortunii d' incendio, d' inondazione e di gragnuola. Esso non sottostà agli altri infortunii straordinarii. Che se si obbliga espressamente a sottostare eziandio a tutti gli altri straordinarii infortunii, non perciò si presume ancora che abbia voluto sottomettersi anche a quello di essere casualmente perita tutta la cosa locatagli (§ 1106).

Altre obbligazioni del conduttore. Abbiamo di sopra parlato dell' obbligazione che ha il conduttore di pagare gli affitti. Ma, oltre questa, altre ne contrae che qui conviene osservare, cioè :

1. Quella di non far servire la cosa ad altro uso che a quello per cui fu locata (cod. franc., art. 1728 e 1729; cod. aus., § 1111); Per esempio, se si prende a nolo un cavallo da sella, non si può attaccarlo ad una carretta, nè farlo servire a portar carichi come un cavallo da soma. Per la stessa ragione un affittuale di terreni a coltura non può senza il consenso del locatore cangiare il genere delle piantagioni. Parimente un oste prende a pigione un albergo, egli dee mantenerlo in tale qualità per tutto il tempo dell' affittanza;

2. Il conduttore è tenuto di usare la conveniente cura per la conservazione della cosa (cod. franc., art. 1732). Egli dee dunque usarne come un buon padre di famiglia userebbe della sua propria, e quindi dee impiegare le stesse cure per conservarla in buono stato (cod. franc., *ibidem*; art. 1732 e 1766).

Il conduttore di un fondo rustico deve essere fornito di bestiami, e d' instrumenti necessarii all' agricoltura. L' obbligazione che il conduttore contrae di conservare il fondo locatogli, l' obbliga

eziandio ad invigilare, durante la sua affittanza, onde non venga commessa veruna usurpazione della terre. Il conduttore è responsabile, riguardo alla conservazione della cosa locatagli, non solo della sua propria colpa, ma eziandio per le deteriorazioni e deperimenti cagionati per fatto delle persone di sua famiglia e dei suoi subaffittuarii (cod. franc., art. 1735, cod. aust., § 111). Secondo il dritto romano, il conduttore era responsabile anche del fatto dei suoi ospiti, qualora egli stesso fosse stato in colpa di aver ricevuto ospiti di cattiva indole. *Mihi placet* (così sta scritto nella legge 11, Dig. *Locati*) *ut culpa etiam eorum quos induxit* (dei suoi ospiti e subinquilini) *praestet suo nomine etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendos admittit quod tales habuerit vel suos vel hospites*. L'inquilino è responsabile dell'incendio della casa locatagli quando non provi che sia avvenuto per caso fortuito o forza irresistibile o per forza maggiore; o che il fuoco siasi comunicato da case vicine (cod. franc., art. 1733: *Vedi* l. 9, § 3, Dig. *Locati*; l. 3, § 1, Dig. *De officio praefecti vigilum*; l. 11, Dig. *De incendio, ruina, naufragio*, ec.). Essendovi più inquilini, tutti sono responsabili solidariamente per l'incendio; eccetto che l'incendio sia incominciato nell'abitazione di uno di essi, nel qual caso questi soltanto ne dee rispondere; o che alcuno di essi provi che l'incendio non ha potuto comunicare nella sua abitazione, nel qual caso questi non è responsabile (cod. franc. articolo 1734). Ora si domanda se un albergo avesse preso fuoco e fosse motivo di credere essere ciò accaduto per fatto od imprudenza di un viaggiatore che vi albergava, l'inquilino che tiene in affitto l'albergo, sarà egli forse responsabile dell'accidente? In favore dell'albergatore si dirà che passa gran differenza fra il viaggiatore che alloggia in un albergo di passaggio, ed i domestici od altri stipendiati dal padrone. Il conduttore che tiene presso di sè domestici, è in qualche colpa perchè non dee servirsi e tenere presso di sè persone senza essere informato della loro condotta, e quindi egli è responsabile di quelle persone; ma un albergatore è per la sua professione obbligato a ricevere nel suo albergo i viaggiatori che si presentano senza conoscerli, e quindi non è responsabile della loro colpa. *Non praesta factum viatorum* (leg. un., § fin., Dig. *De furtis adversus nautas, caupones*, ec.).

Oltre le obbligazioni del conduttore di cui abbiamo parlato, va n'è un altra, cioè quella di restituire la casa in buono stato dopo terminata l'affittanza. Quando fra il proprietario ed il conduttore (dice il cod. franc.), siasi fatta una descrizione dello stato dalla cosa locata, il conduttore dee restituirla nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità della fatta descrizione, a riserva di ciò che fosse perito o deteriorato per vetustà o per forza irresistibile (art. 1730. *Vedi* l. 28, cod. *De locato et conducto*; l. 9, § 4; leg. 30, § 5, Dig. *Locati et conducti*). Quando non

siasi proceduto alla descrizione dello stato della cosa locata, si presume che il conduttore l'abbia ricevuta in buono stato anche delle riparazioni locative, e dee restituirla nella stessa condizione qualora non provi il contrario (art. 1731). Finita la locazione (dice il cod. aust.), il conduttore è obbligato a restituire la cosa secondo l'inventario che ne fosse stato fatto, o almeno in quello stato nel quale l'ha ricevuta; e trattandosi di fondi rustici, dee restituirli nello stato di coltura ordinaria conveniente alla stagione, in cui termina l'affittanza. Nè può liberarsi dal restituirla coll'esercizio di un dritto di compensazione o di un anteriore dritto di proprietà. Se nel contratto di locazione non si sarà fatto inventario, vi ha la presunzione che il conduttore, abbia ricevuta la casa in buono stato.

Riparazioni. Il proprietario o possessore è tenuto di sottostare a tutte le riparazioni da farsi al fondo da lui locato (cod. fran., art. 1720); Sonovi per altro alcune piccole riparazioni che chiamansi *locative*, le quali per consuetudine stanno a carico dei conduttori delle case (cod. franc., artic. 1720). Il fondamento delle consuetudini è che le riparazioni provengono ordinariamente dalla colpa degli affittuali o dei loro domestici, pei quali eglino sono responsabili. L'art. 1734 del codice francese, fa l'enumerazione delle riparazioni locative, ed aggiunge in oltre essere indicate come tali dalla consuetudine dei luoghi.

Relativamente alle riparazioni locative di cui i conduttori delle diverse specie di fondi rustici sono tenuti, bisogna riferirsi alle varie consuetudini dei luoghi.

Si osservi per altro, che secondo il codice austriaco, riguardo ai fondi rustici il conduttore è tenuto di fare a proprie spese le riparazioni ordinarie degli edificii inservienti alla coltura campestre, solo in quanto possono queste farsi colle materie che ritrae dal fondo, e colle opere che secondo la natura del fondo stesso ha egli dritto di esigere. Tutte le altre riparazioni debbono essere indicate al locatore affinchè possa prenderne cura. Il cod. franc. al locatore impone l'obbligo delle riparazioni, tranne le piccole che per uso sono a carico del conduttore (art. 1720).

Dritti dei locatori delle case e dei fondi rustici.

Questi locatori, oltre l'azione personale *ex conducto* nascente dall'obbligazione che il conduttore ha contratto verso il locatore, di cui abbiamo parlato sopra, hanno altri dritti; cioè una specie di dritto di pegno sopra i frutti delle terre locate e sopra i mobili servienti all'abitazione delle case appigionate; ed un dritto di prelazione ai creditori sopra i detti oggetti.

Dritto di pegno. Questo dritto trae origine dalle leggi romane che accordarono ai locatori dei beni rustici una ipoteca tacita sopra i frutti che erano nati durante il tempo dell'affittanza, pel

pagamento dei fitti e delle altre obbligazioni del conduttore derivanti dall' affittanza: *In praediis rusticis, fructus qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit*. Le stesse leggi romane accordavano ai locatori delle case una ipoteca tacita sopra i mobili che l' inquilino aveva fatto portare o condurre, pel pagamento delle pigioni ed altre obbligazioni risultanti dall' affittanza: *Eo iure utimur ut quae in praedia urbana inducta illatave sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit* (l. 4, eod. tit.). Esse accordavano questo dritto d' ipoteca tacita non solamente rispetto alle affittanze delle case, vale a dire degli edificii locati per servire all' abitazione del conduttore, ma parimenti rispetto alle affittanze degli alberghi, magazzini, cortili, botteghe, ed altri simili fondi (l. 3; l. 4, § 1, Dig. eod. tit.).

Ad imitazione delle leggi romane, il codice francese ha accordato ai locatori dei fondi rustici e delle case, questa specie di pegno. Sono crediti privilegiati, dice egli, le pigioni ed i fitti degl' immobili, per le riparazioni *locative*, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto, sopra i frutti raccolti nell'anno e sul valore di ciò che serve a mobiliare la casa appigionata, o l' affittanza, e di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati, cioè per quanto è scaduto od è per iscadere. Questo privilegio non ha limite di tempo se il contratto ha una data certa. Altrimenti comprende solo un annata anteriore, e quella in corso (art. 2102). Qui si osservi per altro una differenza tra la legge e le leggi romane. Secondo le leggi romane questo dritto era una ipoteca perfetta che il locatore conservava, in qualsiasi mano passassero le cose che vi erano soggette; ma, secondo il gius francese, allorquando i frutti ed i mobili sono stati traslocati dalla possessione o dalla casa in cui erano, ed il locatore ha trascurato di apprenderli nel termine accordatogli dalla legge, questo dritto svanisce.

Anche il codice austriaco accorda al locatore questa specie di pegno. A cauzione della mercede (dic'egli) il locatore di una abitazione ha il dritto di pegno sugli effetti mobili e sulle suppellettili di proprietà dell' inquilino o del subinquilino o che furono loro affidati da un terzo, e che trovansi nell'abitazione al momento in cui si promuove l' azione. Il subinquilino è tenuto in proporzione della mercede che dal medesimo dee soddisfarsi, ma non può opporre l'eccezione di averne anticipatamente il pagamento al principale conduttore. Al locatore poi di un fondo campestre compete il dritto di pegno sul bestiame che trovasi nel fondo locato e sugli strumenti destinati alla coltura del fondo locato, come pure sui frutti che ancora vi sono esistenti.

Dritto del conduttore. Uno dei dritti del conduttore e dei suoi eredi ed altri successori universali è di godere della cosa che gli è stata locata per tutto il tempo in cui dee durare l' affittanza,

il quale dritto deriva dalla obbligazione che il conduttore ha contratto verso il conduttore medesimo di accordargliene il pagamento (cod. franc., art. 1719, 1720). Abbiamo veduto sopra come debba egli goderne.

Egli ha il dritto di godere di tutta la cosa che gli è stata locata; d'onde nasce la questione di sapere se il conduttore abbia il dritto di godere della parte che in corso di affittanza è accresciuta per alluvione al fondo che tiene in conduzione, senza accrescimento di fitto? Catoccio sta per l'affermativa, perchè ciò che accresce al fondo per alluvione fa parte del fondo *jure accessionis*; ed il conduttore del fondo avendo il dritto di godere di tutto il detto fondo, dee avere il dritto di godere dell'accrescimento che ne fa parte. Si risponde facendo una distinzione. Egli è vero che il conduttore ha il dritto di godere di tutto il fondo; ma non è vero ch'egli abbia il dritto di godere di ciò che non gli è stato locato; e la parte ch'è accresciuta dopo l'affittanza non gli è stata locata poichè ancora non esisteva. Egli è vero, che nel contratto di vendita ciò ch'è accresciuto dopo il contratto, appartiene al compratore; ma ciò ha luogo perchè dopo il contratto la cosa è a rischio del compratore, ed è giusto che colui il quale avrebbe sofferto la perdita, se la cosa fosse perita o in tutto o in parte, abbia il beneficio dell'accrescimento sopraggiunto: *Ubi est periculum, ibi et lucrum*; ma nel contratto di locazione la cosa sta intieramente a rischio del locatore, e non a rischio del conduttore. Adunque non già il conduttore, ma bensì il locatore dee avere il beneficio dello accrescimento sopraggiunto al fondo durante l'affittanza (cod. franc., art. 1722).

Il dritto del conduttore passa al suo erede come vi passano gli altri dritti (l. 10; l. 34, cod. *De locato et conducto*; l. 60, § 1; l. 19, § 8, l. 10; l. 29, Dig. *Locati et conducti*). Questo dritto può essere pure ceduto ad un terzo, come ogni altro dritto. Laonde il conduttore può subaffittare, in tutto o in parte, la casa od i fondi rustici che gli sono stati locati: *Nemo prohibetur rem quam conduxit alii locare, si nihil aliud convenit* (l. 60, cod. *De locato et conducto*). Ciò per altro ha luogo quando nel contratto non vi sia la clausola che espressamente gli vieti di ciò fare (cod. fran., art. 1717).

Il conduttore che ha subaffittato rimane però sempre obbligato verso il locatore (cod. franc., art. 1733).

Le affittanze hanno qualche volta la clausola che il conduttore non possa subaffittare senza l'assenso per iscritto del locatore; ma questa clausola, dice Pothier, non si eseguisce sempre a rigore, quando il conduttore che ha fatto l'affittanza sotto la medesima clausola, essendo costretto di lasciare la casa, presenta al proprietario della medesima un subinquilino egualmente idoneo, vale a dire tale che il proprietario debba essere indifferente che questi o il conduttore principale occupi la casa. In simile caso, dic'egli,

tutto l'effetto della clausola è che il proprietario può riprendere la sua casa e far pronunziare la risoluzioni dell'affittanza per avere il conduttore mancato di eseguire la clausola di non subaffittare, sotto la quale l'affittenze stessa è stata fatta; ma se non vuole riprenderla non può essere ammesso ad impedire l'esecuzione della subaffittanza, benchè fatte contra la clausola, perchè il locatore non ha verun interesse di impedir ciò, ed è conforme alla natura delle convenzioni di conseguire col patto ciò ch'è di nostro interesse, non già di nuocere all'altro senza verun nostro vantaggio: *ex pacto consequamur id quod nostra interest; non ut sine ullo nostro commodo, alteri tantum noceamus.*

La clausola di non subbaffittare un fondo rustico deve essere più scrupolosamente eseguita. E, in vero, non è del pari indifferente l'avere per conduttore un tale, piuttosto che un altro tale, com'è indifferente rispetto al conduttore di una casa; perciocchè non tutti i conduttori coltivano egualmente bene le terre. Per altro, secondo le circostanze, come sarebbe se il conduttore non potesse più lavorare la terra, e ne presentasse uno abile in sua vece, il propriatario dal fondo dee, ad onta della clausola, soffrirlo, qualora egli non preferisce di sciogliere l'affittanza.

Scioglimento del contratto di locazione.

La locazione e condusione si scioglie per le diverse cause che qui andremo passo passo analizzando.

Trascorrimento del termine convenuto. La locazione cessa *ipso jure* spirato il termine convenuto (l. 11, cod. *De locato et conducto*; cod. franc., art. 1737). Il tempo di sua durata può convenirsi espressamente, ovvero tacitamente. Questa tacita convenzione o risulta dalle determinazione del tempo pel pagamento della mercede, come accade se nelle abitazioni fu stabilito a giorno, a settimana o a mese (cod. franc., 17, 58); oppure apparisce dall'intenzione dichiarata dal conduttore, o manifesta dalle circostanze. La tacita convenzione apparisce dalla intensione dichiarata, quando, per esempio, è dato un cocchio pel viaggio a Vienna o a Parigi. Emerge, poi dalle circostanze se, per esempio, il locatore è un usufruttuario; perciocchè il suo dritto non si estende oltre la sua vita.

Nel gius romano troviamo una eccezione alla regola che l'affittanza finisce o si risolve per lo spirare del tempo per cui è stata fatta; e questa eccezione riguardeva gli appaltatori dai tributi, i quali allorquando avevano guadagnato molto durante l'affittanza, già terminata, potaveno esser costretti a continuarla, qualora non si presentassero altre persone per prendere in appalto gli stessi tributi alle medesime condizioni (l. 11. § 5, Dig. *De publicanis*). La legge 4, cod. *De locatione praediorum civitatum*, contiene un'altra eccezione; poichè accorda la preferenza ai conduttori delle

terre appartenenti alle città, prima che sia spirato il termine dell'affittanza per averla alle medesime condizioni. Queste eccezioni non sono più ammesse.

Ella è bensì una eccezione alla regola, che allorquando il conduttore di un fondo o di una abitazione dopo spirata l'affittanza ha continuato a godere senza essere impedito dal locatore, questi possa essere obbligato a lasciarlo godere durante il tempo della riconduzione; e che *viceversa*, il conduttore sia obbligato a continuare l'affittanza durante quel tempo; perciocchè queste obbligazioni reciproche non nascono dall'affittanza, della quale è già spirato il termine, ma nascono da una nuova affittanza che si presume essere intervenuta tra le parti e che chiamasi tacita riconduzione di cui ora ci accingiamo a parlare.

Tacita riconduzione. Questa è un contratto che si presume essere tacitamente intervenuto tra il locatore ed il conduttore, allorquando, dopo spirato il tempo della precedente affittanza, il conduttore ha continuato a godere della cosa ed il locatore ha sofferto ch'egli ne godesse. *Qui adversum tempus conduxit* (dice la legge 14. Dig. *Locati et conducti*) *finito quoque tempore, colonus est; intelligitur enim dominus, quum patiatur in fundo esse, ex integro locare*. Spirato il termine stabilito nella scrittura di locazione (dice il cod. franc.), se il conduttore rimane ed è lasciato in possesso, si ha per rinnovata la locazione (art. 1738). Secondo il codice austriaco, ove la denunzia (ossia congedo) non sia stata convenuta, si ha la tacita rinnovazione, se dopo trascorso il tempo dell'affittanza il conduttore continua a far uso e a godere della cosa locata. Siffatta riconduzione non è dunque una nuova affittanza che continui, ma un'affittanza nuova formata da una nuova convenzione tacita delle parti, la quale succede alla precedente.

Dal principio che abbiamo stabilito, cioè che la riconduzione si forma col consenso presunto del locatore, il quale soffrendo che il conduttore continui a godere della cosa locata, si presume volergliela a lui locare alle medesime condizioni, e col consenso del conduttore, il quale continuando a goderla si presume volerla tenere di bel nuovo alle medesime condizioni, derivano le conseguenze seguenti:

1. Che se prima di spirare il tempo dell'affittanza il locatore ha intimato il congedo, il conduttore ancorchè abbia continuato nel godimento, non può opporre la tacita riconduzione (cod. franc., art. 1739); perciocchè non si può presumere nel locatore la volontà di rinnovargli l'affittanza, avendo già manifestata col congedo una volontà contraria;

2. A maggior ragione, se al momento in cui spira il tempo dell'affittanza, l'una delle parti non fosse capace di consenso, la riconduzione non avrebbe luogo: *Si interim* (dice la citata legge 14, Dig. *Locati et conducti*) *dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non potest ut locatio redintegretur*. Ciò per altro si dee

intendere del caso in cui il locatore, al tempo in cui spira l'affittanza, si trovasse privo dell'uso della ragione senza che sia provveduto di curatore; perciocchè in questo caso è manifesto che non vi potrebbe aver luogo la presunzione della tacita riconduzione; ma se al tempo in cui spirava l'affittanza, il locatore aveva il curatore che ha sofferto la continuazione del godimento nel conduttore, vi avrebbe luogo la presunzione di tacita riconduzione;

3. Dal medesimo principio segue che la tacita riconduzione non ha luogo nelle affittanze giudiziali; perciocchè non si può dire che il commissario, cui solo spetta il fare simili affittenze, abbia locato di bel nuovo il fondo al conduttore giudiziario, mentre quel commissario non può fare se non giudizialmente le affittanze de'fondi appresi.

Il gius romano presume la tacita riconduzione, allorquando, dopo spirata l'affittanza, il conduttore è rimasto nel fondo, senza esprimere nè determinare il tempo, durante il quale egli intende di rimanersi. Nemmeno il codice francese contiene veruna disposiziona relativamente all'intervallo di godimento che fa presumere la riconduzione. Il codice austriaco toglie ogni quistione sul proposito collo stabilire il modo con cui essa ha luogo. Esso dice: Il contratto di locazione può essere rinnovato non solo espressamente, ma anche tacitamente. Se col contratto fu convenuto che dovesse premettersi la denunzia (di finita locazione), coll'ammissione di questa la locazione s'intende tacitamente rinnovata. Ove la denunzia non sia stata convenuta, si ha la tacita rinnovazione, se dopo trascorso il tempo della locazione il conduttore continua a far uso e a godere della cosa locata, ed il locatore non vi si oppone.

Secondo il gius romano, la tacita riconduzione de' fondi rustici non aveva luogo se non per l'annata che seguita immediatamente l' ultima annata dell' affittanza, vale a dire, attribuisce al conduttore il dritto di percepire i frutti di detta annata, per la stessa mercede per cui li aveva percepiti in ciascuna delle annate della affittanza spirata. Rispetto alle case urbane, la tacita riconduzione non aveva luogo se non per altrettanto tempo che il conduttore aveva occupato la casa coll'assenso del locatore.—Veggasi la legge 13, Dig. *Locati et conducti*: è diversamente nei codici moderni. Spirato il termine stabilito nella scrittura di locazione (dice l' art. 1738 del cod. franc.), se il conduttore rimane ed è lasciato in possesso, si ha per rinnovata la locazione, *il cui effetto è regolato* dall'articolo della norma relativa alle locazioni fatte senza scrittura contenuta negli articoli 1758 e 1774.

Il codice austriaco poi stabilisce quanto segue: La rinnovazione tacita della locazione e conduzione s' intenda fatta sotto le medesime condizioni, sotto le quali fu convenuta la prima. Nei contratti di fitto la riconduzione tacita non si estende al di là di un solo anno; ma se gli utili ordinarî non possono ottenersi che in uno

spazio di tempo più lungo, la rinnovazione si estende a quel tempo ch'è necessario onde ritrarre gli utili stessi per una volta. I contratti di pigione, pei quali vuolsi pagare la mercede dopo compito l'anno o dopo la metà di esso, si rinnovano tacitamente per sei mesi. Se però sono fatti a tempo più breve, si rinnovano tacitamente pel tempo convenuto precedentemente nel contratto di locazione. Gli stessi principî stabiliti per la prima rinnovazione hanno luogo per le rinnovazioni ulteriori.

E qui è da osservarsi che riguardo al tempo necessario per ottenere gli utili ordinarî dai fondi rustici, questi utili si ritraggono in uno spazio di tempo maggiore di un anno dai terreni che si coltivano alternativamente in modo, che una parte di essi rimane in riposo. In questa maniera di coltivazione egli è mestieri che la tacita riconduzione continui tanti anni, quanti sono necessarî affinchè da tutte le porzioni alternativamente coltivabili il conduttore abbia ad ottenere i soli frutti. Cotali terreni sono denominati *novali*.—Veggasi la legge 30, § 2, Dig. *De verborum significatione*, e meglio ancora Plinio, il quale denomina *terreno novale, quod alternis annis seritur, in hoc prescindendum, ut interim requiescat.*

Si domanda se il locatore abbia per gli affitti o per le pigioni della riconduzione la medesima ipoteca che aveva per gli affitti o per le pigioni dell'affittanza precedente? La legge 13, § 1, Dig. *Locati et conducti*, decide affermativamente, purchè non sia stata un'altra persona che il conduttore quella che ha dato i pegni o la ipoteche; perciocchè la riconduzione essendo una nuova convenzione che interviene soltanto tra il locatore ed il conduttore, non può, senza il nuovo consenso del terzo, obbligare gli affitti o alle pigioni della prima affittanza: *Qui impleto tempore remansit in conductione, non solum reconduxisse videtur, sed etiam pignora videntur durare obligata; sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; huius enim novus consensus erit necessarius* (l. 13, § 11, Dig. *Locati et conducti*). Per la medesima ragione, ancorchè i beni ipotecati alla prima affittanza fossero beni dal conduttore stesso assoggettati ad ipoteca e che allora gli avessero appartenuto; se dopo hanno cessato di appartenergli, non sarebbero più ipotecati alle obbligazioni della tacita riconduzione, poichè il conduttore non poteva ipotecare beni che più non gli appartenevano. Per la medesima ragione la legge 7, eod. *De locato et conducto*, ha deciso che i fideiussori, i quali hanno prestato cauzione al locatore per l'affittanza, non sono obbligati alla riconduzione, essendo questa una nuova affittanza alla quale eglino non sono obligati. Questi principî sono sanzionati anche dal codice francese, il quale stabilisce che anche nel caso di tacita riconduzione, la sicurtà data per la pigione non si estende alla obbligazioni risultanti dalla prolungazione del termine (articolo 1740).

Deperimento della cosa locata. L'affittanza si risolve prima che sia spirato il termine, senza il consenso delle parti quando la cosa è perita (l. 9 § 1; l. 15, § 2; l. 33, Dig. *Locati et conducti*; cod. franc., art. 1741). Se ciò avviene per colpa di una delle parti, compete all'altra il dritto d'indennità. Se il deperimento procede per caso fortuito niuna delle parti è responsabile verso l'altra. Se durante la locazione (dice il cod. franc.) la cosa locata venga totalmente distrutta per caso fortuito, il contratto è sciolto *ipso iure*; se non è distrutta che in parte, il conduttore può a norma delle circostanze, domandare la diminuzione del prezzo, o lo scioglimento del contratto (art. 1722). È lecito al conduttore, dice il codice austriaco, di recedere dal contratto anche prima della scadenza del tempo espressamente o tacitamente convenuto, se la cosa locata pei suoi difetti non è atta all'uso ordinario, se per caso fortuito una parte considerevole di essa o viene per un tempo sottratta o diventa inetta all'uso.

Inadempimento delle obbligazioni. Il contratto di locazione resta sciolto per la mancanza rispettiva pel locatore e del conduttore nell'adempiere alle loro obbligazioni (l. 3; l. 7, cod. *De locato et conducto*; cod. franc., art. 1741). Il conduttore può recedere dal contratto se dal locatore non viene conservata la cosa in uno stato da poter servire. Per lo contrario, può il locatore innanzi tempo pretendere lo scioglimento del contratto, se il conduttore della cosa fa un uso notabilmente dannoso, se, non ostante la seguita interpellazione, è moroso nel pagamento a segno di non aver alla scadenza del termine soddisfatto per intero alla mercede arretrata.

Denunzia di finita locazione. Per denunzia o congedo di finita locazione s'intende la dichiarazione fatta a voce o in iscritto, da una parte all'altra, con cui viene a lei significato volere che la locazione cessi di avere il suo effetto al tempo indicato dalla dichiarazione stessa (Veggasi l'articolo *disdetta* ossia *denunzia di finita locazione*). Il suo effetto è d'impedire la rinnovazione della locazione. Questa dee farsi dalla parte che non vuole rinnovarla:

1. Se il tempo della locazione non sia stato stabilito nè espressamente, nè tacitamente, nè da speciali disposizioni.

2. Se nel contratto fu convenuto che tale denunzia dovesse permettersi (*idem.*, § 1114). Quanto al tempo, in cui la denunzia dee precedere lo scioglimento, si debbono distinguere i casi seguenti: Se si tratta di un contratto di fitto, la denunzia dee farsi sei mesi, se si tratta di pigione di cose immobili quattordici giorni, se di mobili ventiquattro ore prima della restituzione da farsi. Il codice francese vuole che pel congedo di finita locazione si debbano osservare i termini stabiliti dalle consuetudini dei luoghi (art. 1736).

Alienazione della cosa locata. Secondo il gius romano, se il locatore ha venduto ad altri, in corso di affittanza, il fondo locato, senza il carico al venditore di mantenere l'affittanza stessa, il compratore non è obbligato a mantenerla: *Emptorem fundi necesse non*

est stare colono cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit (l. 9, cod. *De locato et conducto*). Il codice francese, statuisce che se il proprietario vende una cosa locata, il compratore non possa espellere l'affittuario o l'inquilino il quale abbia una scrittura di locazione autentica o di data certa, purchè il proprietario stesso non siasi riservato un tale dritto nel contratto di locazione (art. **1743**). Si vede dunque che il codice francese ha abrogata la legge *Emptorem*. Quanto al codice austriaco eccone le disposizioni: Se il proprietario ha alienato e anche consegnato ad un altro la cosa locata, il conduttore, se il suo dritto non è iscritto ne' pubblici libri, dee dietro denunzia debitamente fattagli cedere la cosa al nuovo possessore. Ha però il dritto di esigere dal locatore il pieno soddisfacimento (art. **1120**). In caso di vendita necessaria giudizialmente fatta, il conduttore, quando anche il suo dritto non fosse inscritto come reale, dee cedere la cosa al nuovo compratore. Per il risarcimento soltanto gli è riservato il suo dritto di priorità (articolo **1121**).

Quanto al risarcimento dei danni, cui è tenuto il locatore nel caso che sia convenuta la facoltà di espellere il conduttore quando la cosa locata venga alienata, dee regolarsi in mancanza di patto giusta il codice francese nel modo seguente: Se si tratta di casa, appartamento, o bottega, il locatore dee pagare, a titolo di danni ed interessi, al conduttore espulso una somma eguale alla pigione per il tempo che, secondo la consuetudine dei luoghi, viene accordato dalla intimazione del termine della locazione all'uscita (articolo **1745**). Trattandosi di fondi rustici, il risarcimento che il locatore dee pagare al conduttore, è il terzo del fitto di tutto il tempo per cui dovrebbe continuare la locazione (art. **1746**). Il risarcimento sarà determinato dal giudizio di periti, ove si tratti di manifatture, fabbriche od altri stabilimenti ch'esigono considerevoli antecipazioni (art. **1747**). Il dritto al risarcimento dei danni era accordato al conduttore contra il locatore anche dal gius romano, nel caso in cui il primo veniva espulso dal nuovo possessore; i quali danni si stimavano dal medesimo condottore, mediante il suo giuramento *in litem* (l. **30**, Dig. *Locati et conducti*).

Altre cause per cui si scioglie il contratto di locazione. Il locatore può innanzi tempo domandare lo scioglimento del contratto se l'edifizio locato debba essere rifabbricato. Non dissimile disposizione troviamo nella l. **3**, cod. *De locato et conducto*, ove dice *si dominus corrigere domum maluerit*, la legge francese autorizza anche il conduttore a far disciogliere il contratto allorquando si debbano fare riparazioni tali alla cosa locata che rendono inabitabile quella parte di essa ch'è necessaria per l'alloggio del conduttore e della sua famiglia (art. **1724**). Per la legge **25**, § **2**, Dig. *Locati et conducti*, l'inquilino aveva la facoltà di chiedere la rescissione del contratto, allorchè un vicino, alzando la propria casa, gli toglieva, ovvero gli scemava la luce di cui l'inquilino

medesimo ha bisogno. *Si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi, quin liceat inquilino relinquere locationem nulla dubitatio est.*

Per la legge francese il locatore può inoltre recedere innanzi tempo del contratto se l'inquilino non fornisce la casa di mobili sufficienti; eccetto che dia cautele bastanti ad assicurare la pigione (art. 1752); o se il conduttore di un fondo rustico non lo fornisce del bestiame e degli strumenti necessarî all'agricoltura, se ne abbandona la coltivazione, se non coltiva da buon padre di famiglia, se impiega la cosa locata ad altro uso che a quello per cui fu destinata (art. 1766).

La legge 3, cod. *De locato et conducto*, conosciuta sotto il nome di legge *Aede*, riferisce tra le altre cause per le quali il locatore può sciogliere l'affittanza e dare lo sloggio all'inquilino a suo malgrado prima dello spirare del tempo, se il proprietario prova essere la casa locata necessaria ai propri usi; *si propriis usibus necessariam esse probetur.* Questa legge che presso i Romani estendeva di troppo i limiti della proprietà, è stata dal codice francese espressamente soppressa (art. 1761). Il codice austriaco, determinando i modi con cui il contratto di locazione e conduzione finisce, l'ha tacitamente esclusa. La facoltà di far disciogliere un contratto è introdotta in via di eccezione di pochi casi, e le eccezioni non si debbono estendere. La detta legge romana non può adunque al dì d'oggi aver luogo, se non quando il proprietario nell'affittanza se ne avesse espressamente riservata la facoltà.

Allorquando il locatore ha dato in affitto un fondo in una qualità che non gli attribuiva se non un dritto risolvibile di godere, l'affittanza si scioglie prima che sia spirato il tempo, mediante la risoluzione del suo dritto sopraggiunta senza il suo fatto. Per esempio, se un usufruttuario od un beneficiario di questa sua qualità; o se un proprietario gravato di sostituzione in questa sua qualità di gravato, che ha fatto l'affittanza di una casa o di un fondo, muore in corso dell'affittanza medesima, o la sostituzione si apre, l'affittanza si scioglie di pieno dritto, mediante la risoluzione del pieno dritto del locatore (l. 9, § 1, Dig. *locati et conducti*). Il conduttore avendo conosciuta la qualità del locatore non ha contratta obbligazione con lui se non in quella qualità; egli sapeva che l'usufruttuario non aveva il dritto di godere del fondo, nè per conseguenza di concederne il godimento ad altri se non durante la di lui vita: e sapeva del pari che il gravato non aveva dritto di goderne se non fino all'apertura della sostituzione; si reputa dunque che egli abbia inteso di prendere il fondo in conduzione solamente durante quel tempo. Havvi una ragione di più riguardo all'affittanza fatta dall'usufruttuario di questa sua qualità, ed è che si reputa aver egli locato il suo dritto di usufruttuario, anzi che il fondo che non gli appartiene. Laonde il

suo dritto che forma l' oggetto dell' affittanza non può più sussistere.

Ma se la risoluzione del dritto del locatore avvenisse pel suo fatto siccome egli non può col suo proprio fatto infrangere i suoi obblighi, così non sarebbe liberato. Il perchè, quantunque la morte del beneficiario porti l' effetto della risoluzione dell' affittanza da lui fatta, la resignazione del beneficio non ne porta l' effetto; perciocchè il beneficiario non ha potuto col fatto proprio, rinunziando al beneficio, svincolarsi dai suoi obblighi. Il resignante rimase sempre obbligato verso il conduttore a farlo godere dell' affittanza per quel tempo che rimane a decorrere. Parimente quando un usufruttuario ha fatto una affittanza in questa qualità di usufruttuario, se non già per la sua morte, ma pel suo fatto proprio l' usufrutto rimane estinto, come sarebbe per la remissione da lui fatta al proprietario, egli rimane obbligato a far godere il conduttore durante tutto il tempo dell' affittanza.

Ciò che abbiamo detto riguardo alle affittanze dell' usufruttuario, non si dee applicare alle affittanze che ha fatto un marito dei beni della propria moglie. Questa, secondo i principii di stretto dritto, è tenuta a mantenere le affittanze dei suoi fondi fatte dal marito. La ragione si è perchè il marito non è già un semplice usufruttuario dei beni di sua moglie, ma è il legittimo amministratore della persona e dei beni della medesima; ed in questa qualità si reputa far egli le affittanze. D'onde segue ripntarsi che la moglie stessa le faccia col ministero del marito *et eius organo*, e per conseguenza essa è tenuta di mantenerle nella stessa guisa che un minore è tenuto a mantenere quelle fatte dal suo tutore, riputandosi avergli fatte egli stesso col di lui ministero.

Tal è la giurisprudenza nel proposito fondata, come si disse, sui principii di stretto dritto. Ciò non ostante, i compilatori del codice francese hanno creduto di modificarla colle seguenti disposizioni:

Le affittanze dei beni della moglie che il marito da sè solo ha pattuito per un tempo eccedente il novennio, non sono obbligatorie in caso di scioglimento della comunione nè rispetto alla moglie, nè rispetto ai suoi eredi, fuori che per il tempo che rimane a decorrere, tanto dal primo periodo del novennio se esso non fosse scaduto, quanto del secondo, e così successivamente, di maniera che l' affittuario non abbia se non la ragione di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del periodo che rimane ancora (art. 1429). Le affittanze dei beni della moglie per un novennio o a minor tempo che il solo marito ha pattuite, rinnovate per più di tre anni prima dello spirare della corrente locazione, se tali beni sono rustici, e più di due anni prima di detta epoca, se questi consistono in case, non hanno verun effetto, purchè la loro esecuzione non abbia incominciato prima che si sciogliesse la comunione (art. 1430). Queste disposizioni sono ap-

plicabili alla locazione dei beni dei minori (art. 1718) ed a quella dell' usufruttuario (art. 595).

La locazione non si discioglie per la morte dell' una delle parti (l. 10; l. 34, cod. *De locato et conducto*; l. 60. § 1; l. 19. § 8; l. 29, Dig. *Locati et conducti*; cod. franc., art. 17 e 42), perchè, secondo i principii comuni a tutti i contratti, i dritti e le obbligazioni che risultano dal contratto di locazione e conduzione, passano nella persona degli eredi o nell' eredità vacante.

LOCAZIONE-CONDUZIONE EREDITARIA. È questa un contratto, così chiamato dal codice austriaco, col quale si dà ad alcuno a titolo ereditario la proprietà utile di un fondo, sotto condizione che debba compensare gli utili annui con un annua contribuzione in danaro determinata in proporzione alla rendita in frutti od anche in proporzionati servigi.

Diciamo *a titolo ereditario*: il che diversifica dalla locazione-conduzione semplice, nella quale gli eredi non vengono essenzialmente contemplati; *la proprietà utile*: poichè è dell' essenza della locazione ereditaria che il conduttore ed i suoi eredi siano investiti della proprietà utile del fondo locato; mentre nella locazione semplice al conduttore non compete che il dritto di uso o di godimento; *di un fondo* (rustico od urbano): nel che pure vi ha differenza dalla locazione semplice, la quale può avere per oggetto anche cose mobili.

La locazione-conduzione ereditaria è assai affine al contratto di *enfiteusi*. Il carattere che essenzialmente la distingue dall' enfiteusi, si è che in questo contratto la contribuzione è determinata in sì tenue quantità che non sia in proporzione coll' annuo prodotto netto del fondo, mentre nella locazione ereditaria una proporzione tra la contribuzione e il prodotto netto dee ravvisarsi, avuto almeno riguardo al tempo antico, od all' essersi ricevuti fondi del tutto incolti. Laonde, sorgendo dubbio se la proprietà utile di un fondo sia data a locazione ereditaria o ad enfiteusi, è mestieri considerare la quantità dell' annua contribuzione e delle altre prestazioni assunte, e conchiudere che il contratto sia locazione ereditaria allorchè siffatta proporzione si ravvisa, e se questa proporzione non si scorge, riputarlo enfiteusi — Vedi *Enfiteusi*.

LOCAZIONE-CONDUZIONE DI OPERE. Questo è un contratto, mediante il quale l' una delle parti contraenti si obbliga di esigere una certa opera o lavoro, od a prestare servigi verso una determinata mercede, che l' altra si obbliga dal canto suo di pagara (l. 22, § 1, Dig. *Locati et conducti*; l. 22, Dig. *De praescriptis verbis*; l. 15, in princ., Dig. *locati et conducti*; l. 2, § 1. Dig. eod. tit.; l. 20; l. 65, Dig. *de contrahenda emptione*; cod. frac., art. 1710). La parte che dà l' opera a fare chiamasi comunemente *locatore* (*locator operis*); la parte che assume di farla, chiamasi

conduttore (*conductor operis*). Veramente nel capitolo vigesimosesto del codice austriaco chiamasi con maggior ragione *locatore* colui che si obbliga di prestar l'opera, o conduttore colui che si obbliga di pagargli la mercede. Tuttavia, in questo articolo noi staremo alla denominazione comune, la quale è anche uniforme a quella del dritto romano.

Sonovi varie specie di locazioni, cioè:

1. Quella di coloro che si obbligano di eseguire un lavoro;

2. Quella delle persone di servizio;

3. Quella dei vetturali per terra e per acqua che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose;

4. quella degl' intrapreditori di opere ad appalto;

5. Quella degli autori di opere letterarie che cedono ad altri il dritto di stamparle e di venderle.

Di queste varie specie parleremo partitamente in appositi articoli, limitandoci in questo a discorrere del contratto di locazione-conduzione di opere in generale.

Natura del contratto di locazione-conduzione di opere e dei requisiti necessarii per formarlo.

Il contratto di locazione di opere differisce principalmente dal contratto di locazione di cose, in ciò che l'uso di una cosa accordato per un certo prezzo al conduttore costituisce la materia della locazione di cose, e l'opera data a fare costituisce la materia della locazione di opere. In quello *res utenda datur*: in questo *res fruenda datur*. Nella locazione delle cose è, come abbiamo detto, conduttore quegli che si obbliga di pagare il prezzo dell'affittanza; al contrario nella locazione di opere è locatore colui che si obbliga di pagare il prezzo ossia la mercede al conduttore. Questo contratto è *consensuale*, cioè si forma col consenso delle parti. È un contratto *sinallagmatico* che fa nascere obbligazioni reciproche. Esso ha pure grande analogia col contratto di vendita. Giustiniano, nelle sue instituzioni al titolo *De locato et conducto*, dice che, riguardo ad alcuni contratti, si dubita se siano contratti di vendita o contratti di locazione, e per discernerli offre questa regola: quando un operaio somministra la materia è un contratto di vendita; all'opposto quando da una parte si somministra la materia dell'opera che si vuol far fare all'operaio, è contratto di locazione.

Si osservi per altro, che onde sia contratto di locazione, basta che venga somministrata all'operaio la materia principale che dee entrare nella composizione dell'opera; quantunque l'operaio somministrasse il di più, sarebbe tuttavia contratto di locazione. Così il contratto che taluno avesse fatto con un intrapreditore per la costruzione di una casa, sarebbe un contratto di locazione, quantunque in virtù del patto egli debba somministrare i materiali;

perchè il terreno che quel tale somministra per costruire la casa, costituisce la materia principale di una casa, *quum aedificium solo cedat.*

Tre elementi entrano nella sostanza del contratto di locazione in genere, senza i quali non si può formare e nemmeno concepire questo contratto; del pari tre sono i requisiti necessarii a formare il contratto di locazione di opere, cioè:

1. Un' opera da farsi;
2. Un prezzo ossia mercede;
3. Il consenso delle parti contraenti.

1. *Opera.* Egli è manifesto che non vi può essere locazione senza un opera che il locatore dia a fare al conduttore che assume di farla (cod. franc., art. 1710).

Bisogna che sia un opera da farsi; perciocchè egli è chiaro che un opera già fatta non può essere materia di questo contratto.

Bisogna inoltre che l' opera sia possibile; perciocchè ciò che è impossibile non può essere materia di veruna obbligazione, nè, per conseguenza, di verun contratto, *impossibilium nulla est obligatio* (l. 185, Dig. *De reg. iuris*). Qualora l'opera che io do da fare è possibile, perchè sia impossibile relativamente alla persona che assume di farla, il contratto di locazione è valido, ed obbliga colui che ha assunto di farla ai danni ed interessi del locatore risultanti dall' inadempimento del contratto.

L' imprenditore imputi a sua colpa se non avendo consultato le proprie forze ha assunto un opera che le sorpassava; il locatore non è obbligato a conoscere le forze dell' imprenditore e basta che l' opera sia possibile in sè, onde egli abbia dritto di calcolare sopra la promessa fattagli dall' imprenditore di eseguire l' opera.

È d'uopo altresì che l' opera non sia contraria alle leggi; per esempio, se in una città ove la legge di polizia vietasse di alzare le case oltre una certa altezza, io ho contrattato con un muratore per l'erezione di una casa eccedente l'altezza prescritta dalla legge, questo contratto è nullo e non produce nè da una parte nè dall'altra veruna obbligazione. Tuttavia, se fosse provato che l' una delle parti conosceva la legge e che l'altra l'ignorava, la parte sciente sarebbe tenuta, *actione de dolo*, ai danni ed interessi risultanti dall'errore in cui l'altra l'avesse indotta.

2. *Prezzo ossia mercede.* È dell' essenza del contratto di locazione che vi sia un prezzo che colui, il quale commette l' opera, si obbliga di pagare a chi l'assume; diversamente non sarebbe un contratto di locazione, ma un mandato. Per altro, non è necessario che le parti siansi nel contratto espressamente spiegate, ma basta che ne abbiano tacitamente convenuto. Per esempio, quando io mando la stoffa da un sarto per farmi un vestito ed egli la riceve incaricandosi di farlo, il contratto è perfetto, benchè non

ci fossimo spiegati intorno al prezzo da pagargli per la fattura; in questo caso si reputa aver noi tacitamente convenuto il prezzo solito a pagarsi nel luogo per la fattura di un vestito. Se l'opera poi non ha un prezzo corrente ed ordinario, si reputa aver noi tacitamente convenuto il prezzo per cui sarà stimata l'opera dopo fatta.

Il prezzo del contratto di locazione di opera dee consistere in una somma di danaro. Se io ordino una cosa da farsi ad alcuno che se ne incarica obbligandomi di dargli una certa cosa che non sia danaro, ed obbligandomi dal mio canto a fare qualche cosa per lui, tali contratti non sono contratti di locazione di opera, ma contratti innominati: *Facio ut des, facio ut facies.*

Non è necessario che la somma di danaro in cui dee consistere il prezzo sia determinata al momento del contratto; ma basta che debba determinarsi mediante stima che ne sarà fatta. Allorquando poi col contratto abbiamo convenuto che una data persona stimerà l'opera che io ti commetto, e questa persona viene a morire prima di farne la stima, o non ha voluto farla; se l'opera non è ancora incominciata, si può dire che il contratto è nullo per averlo fatto dipendere dalla stima di quella tale persona, e che l'una delle parti non può obbligar l'altra a convenire di scegliere altri stimatori. Per questa decisione si può trarre argomento dalla legge finale, cod. *De contrahenda emptione.* Ma se io ho lasciato che tu incominci l'opera si dee dire che abbiamo desistito dalla detta condizione e che il contratto dee aver luogo pel prezzo che sarà determinato da esperti che siamo obbligati di nominare in mancanza della persona di cui avevamo convenuto.

3. *Consenso delle parti contraenti.* Nel contratto di locazione d'opera, come in tutti gli altri contratti, il consenso delle parti dee intervenire sopra le cose che formano l'essenza del contratto. Il consenso dea dunque intervenire sopra l'opera che forma la materia del contratto, sopra la qualità dell'opera medesima, sopra il prezzo e finalmente sopra il genere del contratto che le parti contraenti intendono di fare (codice franc., art. 1108). Laonde, se non avendo io ben inteso quale fosse l'opera e la qualità della medesima che tu ordinavi, nè io ho inteso di assumere un'altra opera, od un'altra opera d'altra qualità di quella che tu volevi farmi fare; ovvero se io ho inteso d'incaricarmene per un prezzo maggiore di quello che tu volevi pagarmi; o se tu hai creduto di fare con me un contratto di mandato, ed io mi sono incaricato gratuitamente dell'opera che mi hai ordinato di fare, ed, all'opposto, se io ho inteso di far teco un contratto di locazione e di essere pagato del prezzo di quest'opera; in tutti questi casi non vi è contratto per mancanza di consenso (cod. franc., art. 1109).

Il consenso può intervenire in questo contratto, del pari che nella locazione delle cose, tanto fra assenti, quanto fra presenti, per lettere per mezzo di sensali.

Obbligazioni del locatore.

Queste obbligazioni, del pari che negli altri contratti, nascono o dalla natura del contratto o dalle clausole particolari del contratto.

Obbligazioni del locatore che nascono dalla natura del contratto di locazione. Le obbligazioni del locatore che nascono dalla natura del contratto di locazione, sono:

1. Di pagare il prezzo del contratto;
2. Di pagare il prezzo degli aumenti;
3. Di far ciò che dipenda da lui per porre il conduttore in istato di poter adempiere al contratto.

1. *Obbligazione di pagare il prezzo del contratto.* La principale obbligazione che nasce dal contratto di locazione, consiste a pagare al conduttore la somma convenuta pel prezzo dell'opera (Vedi il cod. franc., art. 1710). Da questa obbligazione nasce l'azione *ex conducto* che ha il conduttore contra il locatore per essere pagato del prezzo dell' opera. Essa è un' azione personale come tutte le altre azioni nascenti dai contratti, ed è divisibile; passa agli eredi del conduttore e contra gli eredi del locatore per la parte, nella quale eglino sono eredi (cod. franc., art. 1220).

Il conduttore ordinariamente non è ammissibile ad esercitare questa azione, qualora per altre non vi fosse una convenzione contraria espressa o tacita o presunta se non dopo di aver egli fatto l'opera e dopo di essere stata ricevuta, o dopo di aver costituito il locatore in mora di riceverla; perciocchè nei contratti sinallagmatici, se non vi è convenzione contraria, l' uno dei contraenti che non ha ancora adempiuto non è pronto ad adempiere la obbligazione da lui contratta, non è ammesso a domandare che l'altro contraente adempia la sua.

2. *Prezzo degli aumenti.* Oltre il prezzo espresso dal contratto, il locatore dee altresì pagare il prezzo degli aumenti dei lavori che sono stati necessari a farsi; e che non essendo stati preveduti al momento del contratto, non ne fanno parte. Per esempio, se in un luogo dove far si dovevano le fondamenta di un edifizio che l'intraprenditore ha assunto di costruire, dove si credeva di trovare un terreno solido, sonosi trovate antiche cavità per cui si è dovuto aumentare i lavori, il locatore dee pagare il prezzo di tali aumenti; se gli aumenti benchè necessari per la costruzione dell' opera fossero molti considerevoli e tali che se il locatore ne avesse avuta cognizione, avrebbe abbandonato il pensiero dell'opera, l'operaio od artefice, prima d' intraprenderli, dee consultare il locatore, e questi può ricusarne il pagamento se sono stati fatti senza saputa; se gli aumenti non erano veramente necessari, ma il conduttore pretende che siano stati fatti per ordine o almeno col consenso del locatore.

è vero che il marito sia signore e padrone della comunione durante il matrimonio, è vero altresì, per via di conseguenza, che ancora non vi è comunione; perchè la comunione suppone due comproprietari, e qui non vi è che un amico padrone. Avrebbe fatto meglio l'articolo 1399 (1395 M.) d'imitare la savia riserva della consuetudine di Blois, che si è guardata bene di dire che i coniugi sono comuni di beni, e che vi è tra loro comunione durante il matrimonio; essa dice che i mobili e gli acquisti sono a piena disposizione del marito per disporne come a vero signore della sua propria cosa, salvo, allo scioglimento del matrimonio, a dividere ciò che vi sarà. Che importa al più? Sono questi inconvenienti nella redazione che non cangiano niente al fondo della cosa.

Io ho in poche parole riassunto una dissertazione assai lunga nella quale Toullier sostiene questo paradosso, non vi ha nulla di più inesatto di questa maniera di vedere. Vi sono in questo soggetto due idee parallele che si devono conciliare, e che Toullier non ha saputo far camminare di accordo, amando meglio sagrificare l'una all'altra. La comunione esiste dal momento del matrimonio: ecco la verità consacrata dal nostro articolo. Ma il dritto della moglie è dominato dal dritto del marito: è inerte; è abituale come dicono gli antichi giureconsulti; sonnecchia durante il matrimonio per risvegliarsi allo scioglimento. Tuttavia, non esiste meno come dritto perfetto, e nessun grave rimprovero potrebbe essere indiritto all'art. 1399 (1395 M.). Come noi siamo obbligati di ritornare sopra questa tesi nel nostro comento all'art. 1421 (1396 M.), noi faremo risultare allora, con maggiore sviluppo questa situazione della moglie, e che ha dato luogo all'errore di Toullier.

334. Dopo ciò, noi converremo che lo scioglimento del matrimonio esercita una grande influenza sopra la comunione e dà un nuovo colore al dritto dei coniugi, aggiungeremo anche con Lebrun che poichè la moglie può rinunziare alla comunione, *fa d'uopo a dire che la comunione dipende sempre dal suo fine.* Ma non è una ragione per non aver riguardo al suo principio, e per mettere questo principio al fine.

335. Ora che è ben compreso che il primo momento della comunione è alla celebrazione del matrimonio, facciamo osservare che il matrimonio non produce questo effetto se non quando è valido. È al matrimonio rivestito di tutte le condizioni di legalità che l' art. 1399 (1395 M.) annette una conseguenza tanto decisiva sul regime matrimoniale; ma un matrimonio nullo non dà origine alla comunione legale. *Nec vir, nec uxor nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Tuttavia, bisogna fare eccezione a questa regola in favore del coniuge di buona fede. Possiamo riferircene a ciò che abbiamo detto di sopra, su di questa materia.

336. Ma che diremo nel caso in cui un contratto di matrimonio sarà intervenuto tra i coniugi ed in cui la loro unione viene a scrol-

lare in conseguenza di un vizio che lo colpisce? Che diverrà la comunione che ha esistito tra loro col fatto del loro contratto?

Bisogna distinguere:

Supponghiamo primieramente che uno dei coniugi sia stato di buona fede. Si sa quanto la buona fede è potente per salvare il coniuge che può prevalersene, dalle conseguenze disastrose della nullità del matrimonio. Il coniuge di buona fede ritrarrà dunque i vantaggi della comunione. E questa è la ragione per cui se una donna sposa un morto civile, ignorando la sua condanna capitale, avrà la sua dote, la sua antiparte, la sua comunione.

337. Arriviamo adesso, ad un altro caso, e supponghiamo che la buona fede non gli esista da veruno lato. Se vi è nullità reciproca, le convenzioni sussisteranno come società di fatto? Sì secondo la dottrina di Dumoulin: *Nisi in vim clausolae expresse contractus, et non vim consuetudinis*.

I due coniugi saranno soci come persone estranee. La comunione è un contratto permesso a tutti, i vantaggi fatti soltanto al di fuori del matrimonio saranno come non avvenuti. Essi erano subordinati ad un matrimonio valido che non ha avuto luogo.

Lebrun, è di opinione contraria, ci propone di allontanarci da quella di Dumoulin. Il contratto è stato fatto in virtù di un matrimonio di cui non si potrebbe tener conto. *Nec vir, nec uxor nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur*. Il contratto civile non potrebbe dunque avere alcuno effetto se non di far pruova contra il marito, onde fargli restituire ciò che sua moglie gli ha portato.

Io mi metto dal lato di questo parere, la comunione non era stata contratta che sotto una condizione sospensiva che non si è realizzata, e non si può paragonare questo caso a quello di una società ordinaria che farebbero tra loro estranee persone. La comunione manca *ex defectu conditiones*. Essa nemmeno potrebbe valere come società di fatto.

SEZ. I. — Avvertenza.

Era superfluo il conservare nella sua integrità il presente articolo *del contratto di matrimonio* secondo il codice civile francese, per come l'egregio autore lo scrisse. Una lunga serie di articoli concernenti soltanto il sistema legale della comunione in Francia, sono affatto estranei alle nostre leggi civili; quindi fu giocoforza escluderli totalmente, per dimostrare nella sua chiarezza il tit. V. del libro III, delle nostre leggi, occupandoci esclusivamente di tutti gli articoli del nostro codice che lo compongono.

Seguendo poi di ragione l'ordine del codice civile francese riguardante il surriferito *Contratto*, gli articoli delle nostre leggi civili vengono ad essere sconvolti nella loro numerica progressione; essendo sparpagliati e confusi si dura molta fatiga per rin-

tracciarneli, inconveniente che non si è potuto affatto evitare per la diversa disposizione dei capitoli ne' due testi, cioè il capo II del codice francese tratta del *regime della comunione*, ed in voi vi è collocato quello della *regola dotale* predominante, e così viceversa nel capo III.

Come pure per la soppressione suddetta si è dovuto interrompere in più parti la regolare continuazione dei numeri che, sono sottoposti al comento degli articoli tolti, e per non alterarne l'originale si è dovuto rilasciare in più passi delle lacune, come si osserva qui, saltando dal n. 337 all' 850, armonizzando così con l'autografo; locchè usando diversamente, verrebbe a soffrire delle variazioni lo studio bibliografico.

Finalmente, ove si rinviene qualche numero citato dall'autore non esistente nell'opera, s'intenda relativo a quella parte della comunione bandita dal nostro codice, e da noi totalmente troncata, per cui sarebbe stato inutile trascriverne il contenuto.

Sez. II — Dell'amministrazione della comunione, e dell'effetto degli atti dell'uno o dell'altro dei coniugi relativamente alla società coniugale.

Articolo 1421 (1396 M.)

Il solo marito amministra i beni della comunione. Ei può venderli, alienarli, ipotecarli senza il concorso della moglie. Allorchè il marito è stato interdetto, la moglie, che non è stata nominata tutrice, non può pretendere l'amministrazione della comunione.

COMMENTARIO

850. Ci siamo occupati nei due paragrafi della sezione precedente, degli elementi dell'attivo e del passivo della comunione, abbiamo veduto quali sono le sue ricchezze ed il suo credito, quali sono i suoi debiti e le sue obbligazioni. Or, fa d'uopo vedere come questo capitale è amministrato e come è impresso il movimento alla società coniugale. L'importanza di questo soggetto s'offre da se stessa a tutti gli occhi.

851. Alcuni punti che siamo stati obbligati di trattare prima di arrivare sin qui, ci hanno porto l' occasione di mostrare nel marito *il signore ed il padrone della comunione* (questo sono l'espressioni consacrate del nostro antico dritto) abbiamo veduto che egli è incaricato della gestione di dentro e di fuori; che ne è il padrone in faccia alla moglie, il rappresentante in faccia ai terzi, che col di lui mezzo la comunione contrae e si obbliga.

La sezione di cui andiamo a presentare il commentario, ci pone in questo ordine d'idee. Ci mostra il marito presidente all'amministrazione della comunione, sia per arricchirla, sia per farle con-

trarre debiti. Noi andiamo a scrutare il meccanismo di questa amministrazione, posto in azione dalla mano quasi sovrana del marito.

852. L'articolo 1421 (1396), il primo che si presenta in questo soggetto riveste il marito del carattere di amministratora unico della comunione. « *Egli amministra soli i beni della comunione* ».

E non ha solamente i poteri ordinari di un amministratore, ma ha ancora quelli del più libero padrone; ei può ancora solo e senza il concorso della moglie venderli *a suo piacimento*. Alienarli, ipotecarli. Che dirò ancora io? è sino ad un certo punto padrone di alienarli *pro libidine animi*, senza di che la moglie avrebbe la facoltà di contrariare le sue determinazioni e di opporvi il di lei *veto*; amministra la società con un potere illimitato ed irrevocabile, potere sopra i beni, che aumenta ancora per mezzo dell'autorità di cui gode sopra la persona della moglie.

853. Abbiamo la tentazione di dire al primo colpo d' occhio, che tale organizzazione dell'amministrazione della comunione è la distruzione della comunione stessa. L'elemento sociale sembra disparire innanzi ad una unità cotanto vigorosa e cotanto gelosa; quel che porta la moglie vien consegnato al marito con un arbitrio senza limite, le guarentigie mancano ed il patrimonio della sposa è sagrificato.

Allontaniamo frattanto questi terrori dal ragionamento; il regime della comunione è anzi un regime di progresso che un regime di tirannia stazionaria. In teoria si scorgono per la moglie mille soggetti di timore: in fatto, le procura grandi vantaggi, talmente che uno dei redattori del codice civile, partigiano del regime dotale, gli rimproverava di *accumulare le ricchezze sulla testa della moglie*. In generale questa proposizione ha del vero; la comunione arricchisce le famiglie, e la moglie prende la sua parte in questa somma di beni acquistata con gli sforzi comuni. Io vi vedo pel sistema della comunione una causa di elogi e non una causa di biasimo.

Or, è vero che la moglie sia privata sotto la mano del marito delle salvaguardie, che fanno la forza di una società? Per formarsi a questo riguardo delle idee più giuste dei timori or ora dimostrati, studiamo il dritto della moglie nel suo insieme, e procuriamo di vedere in un giorno completo l'organizzazione, il movimento, il contrappeso del regime della comunione.

854. Se si considera il dritto della moglie durante il matrimonio, non vi ha, dice Lebrun, nulla di così debole. Se si considera quello del marito nulla non si avvicina tanto a quello del vero proprietario. Ma lo scioglimento della comunione eguaglia le posizioni, ed il dritto della moglie bilancia allora quello del marito.

Qual'è il dritto della moglie durante il matrimonio.

Nessuno non ha meglio di Dumoulin definito questo dritto della moglie in comunione. « *Ista communio, pendente matrimonio pro-*

prie non est actu, sed in credito et in habitu; sed soluto matrimonio, ipso iure, exit in actum et in veram et actualem dominii et possessionis communionem ». Questa pittura è la stessa verità; essa ha inspirato tutti gli autori che hanno scritto sopra la comunione. Il dritto della moglie è un dritto informe che non può tradursi con nessun atto esteriore di disposizione o di amministrazione. E una inerte partecipazione ad una società di cui il marito è il solo rappresentante attivo e reale. Si chiama dagli antichi autori dritto abituale, perchè è in *habitu* anzi che *in actu*.

» La moglie, dice Pothier, sin che dura la comunione, è come se non avesse nessun dritto attuale ai beni della comunione, è come se non avesse nessun dritto attuale ai beni della comunione, Coquille aveva detto prima di lui e con altrettanta ragione: « Questa comunione fra i coniugi, *il di cui effetto è propriamente dopo lo scioglimento del matrimonio (perchè durante questo il marito è padrone e signore dei mobili e degli acquisti)*, fa che dopo lo scioglimento i mobili e gli acquisti si dividono per metà ». Da ciò quell'adagio consuetudinario: *il marito vive come padrone e muore come socio*.

855. D'Argentrè ha tentato un paragone per rendere l'idea della posizione della moglie nel regime della comunione. L'uso che ella ha delle cose comuni gli richiama quello che i servitori domestici avevano in Roma, dei mobili del loro padrone, uso annesso alla coabitazione e conseguenza necessaria dei loro servizi. « *Est itaque haec societas usus, sed iuris non aliter, quam cum domestici in familia, cella et penu communiter utuntur. prout patrifamilias libuit, pro merito et dignitate et obsequio.* Ma un colpo d'occhio falso è questo ed una rimembranza impertinente. La moglie nella famiglia cristiana ha un altro rango diverso da quello del servitore: ella è madre; ha un'autorità sopra i figli, un'influenza sulla direzione del maneggio, una parte di comproprietaria nel versamento sociale. Se il marito è signore e padrone in virtù dell'autorità maritale, non è vero che sia proprietario della comunione, come Delaurière ne fa la giusta osservazione. E coloro che come Dumoulin, dopo di lui d'Aguesseau ha detto che la signoria rappresenta il dritto di proprietà, si sono serviti di espressioni troppo forti. Il marito, non sapremmo troppo ripeterlo, non è, anche per antico dritto, un vero proprietario esclusivo. La moglie ha un dritto virtuale, che è posto allato al suo, e che, quantunque non abbia una potenza attiva, ha frattanto una forza assai reale, per limitare e contenere in un certo grado l'autorità del marito. Il dritto della moglie sonnacchia durante il matrimonio, perchè il marito è incaricato di vegliare sulla società coniugale. ma questo dritto, inattivo sin che il marito è alla testa degli affari, si mette in movimento quando l'autorità maritale viene a mancare. La moglie è come un socio dormiente che si sveglia il giorno in cui si estingue la società.

856. Si vede che qui ci ha due idee parallele da conciliare: da un lato, il dritto della moglie nella comunione; dall'altro, il dritto del marito che domina in comunione e riduce la moglie ad un completo silenzio. Per descrivere tale situazione uom si è qualche volta servito di espressioni esagerate, di metafore troppo ardite, di paragoni che non sono ragioni. Abbiamo veduto d'Argentrè incorrere in questo rimprovero, e Dumoulin può ancora meritarli, malgrado l'aggiustatezza delle sue vedute.

Ma io credo che tutti devono comprendere che ci è da fare una doppia parte in questa materia, e che quella della moglie non deve essere obliata o sacrificata.

857. Del rimanente, non sarebbe fare avanzare lo scioglimento di questa difficoltà, il cercare nell'uno e nell'altro sistema contraddizioni che sembrano indebolirli. Queste contraddizioni sono piuttosto modificazioni imposte dalla necessità di evitare un assolutismo troppo rigoroso.

Volete che il marito non sia se non un amministratore? Voi trovate ad ogni istante dei punti di vista che ve lo mostrano come capo dispensatore e padrone. Volete considerarlo come padrone? Voi ne trovate altri che ve lo fanno scorgere come amministratore. La ragione di tuttocciò si è che il sistema della comunione è complesso, che le sue ruote sono doppie e disuguali, e che, per farla procedere di accordo, si è stato obbligato di ricorrere a certi temperamenti, e limitare le idee troppo assolute.

858. Si è detto ed insegnato che questa padronanza del marito sopra i beni della comunione non era stata diretta dai giureconsulti consuetudinari che per dare la misura del dritto del marito nei suoi rapporti con i terzi. Ma questa osservazione manca di esattezza. Quest'autorità del marito che cancella la personalità della moglie, e che si manifesta sotto i nomi di *signore e padrone* dati al marito; quest'autorità che sembra imitare nella famiglia la sovranità assoluta, esiste tanto nei rapporti di coniuge a coniuge quanto nei rapporti della società coniugale con i terzi. Difatti, il marito può dissipare i beni della comunione; può perdere, distruggere, rompere, dilapidare. *Maritus potest perdere dissipare abuti* è un adagio triviale nei tribunali. La moglie non può dimandargli nessun conto, nè ottenere alcuno indennizzamento, tanto è vero che il marito è più di un amministratore, anche un amministratore *cum libera*! La moglie non ha che un mezzo qual'è di far cessare la comunione per l'avvenire e di dimandare la separazione. È tanto vero, che l'autorità del marito sopra la comunione, si manifesta nei rapporti interni tra marito e moglie, che deriva dall'autorità che ha il marito sulla persona della moglie. E perchè la moglie è sotto la potestà del marito, che il marito ha questa autorità sul governo della comunione.

So bene che il Codice civile, limitando con una certa misura quel che l'autorità del marito gli è sembrato avere di troppo

assoluto nell'antico dritto, ha accordato un poco più d'indipendenza ai rapporti della moglie verso il marito. Così altre volte la comunione era tenuta indeterminatamente delle ammende e delle restituzioni incorse pel delitto del marito, e la moglie non aveva dritto a ricompensa. Oggi il delitto del marito obbliga la comunione rapporto ai terzi, ma nei rapporti di coniuge a coniuge, la moglie ha dritto di essere ricompensata delle ammende in cui è incorso il marito (art. 1424 T.). Riconosco che questo è un grave colpo portato all'onnipotenza del marito. Ma non ne è meno evidente, che in questo stesso antico dritto, dove si pretende che Dumoulin e Pothier non avevano considerato nelle loro definizioni che i terzi contraendo col marito, il dritto della moglie era talmente assorbito da quello del marito, ch'ella era tenuta anche sulla sua parte, delle conseguenze di un delitto a cui era estranea, e che era il fatto solo del marito.

859. Si dirà che nel sistema del Codice civile, tali idee di onnipotenza sono state indebolite, e forse ancora cancellate, e se ne rimane qualche cosa nei rapporti del marito con i terzi, non ne rimane nulla nei rapporti della moglie con il marito? Perchè il Codice civile non ha ripetuto in nessun modo la qualificazione di *signore e padrone* data al marito nell'antico dritto o si limita a dire nell'art. 1421 (1396) che, rapporto alla società coniugale, il marito è un amministratore.

In quanto a noi non attacchiamo una grande importanza alle parole, e quando vediamo la cosa manifestarsi con fatti, lasciamo da parte gli scrupoli cavati dall'espressione. Abbiamo veduto del rimanente che l'art. 1388 (1342) chiama il marito CAPO.

Erano d'altronde qualche cosa di sì enorme quelle parole *signore e padrone*, che l'antico dritto consuetudinario impiegava volgarmente?

Padrone non significò sempre un proprietario. Padrone (*magister*) è il nome che i Romani davano a' gestori delle loro grandi società, ed è quello che il dritto consuetudinario dava al capo e gestore delle società rustiche. Questa parola applicata alla società coniugale non ha nulla che non sia opportunissimo, semplicissimo, e molto ortodosso. « *Cui praecipua cura rerum incumbit, et qui magis quam caeteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesedunt debent Magistri appellantur* ». Tale è la definizione di Paolo. Dessa non è spaventevole per prepotenze: « La signoria, dice d'Aguesseau, è per l'amministrazione legittima.

Signore non conduce ad idee più esorbitanti nell'antico linguaggio, signore era sinonimo di marito. Si possono consultare i numerosi esempi citati da Ducange. La moglie chiamava il marito suo signore, in conseguenza di quei sentimenti di rispetto e di sommessione che gli antichi costumi inspiravano alla sposa in faccia al marito. Allorchè la civiltà rimesse in migliore stato la moglie e portò maggiore eguaglianza nella società coniugale, la pa-

rola *signore* rimase nel linguaggio giuridico; ma vi restò spogliata da ogni idea di proprietà, ed unicamente per significare che il marito era, rapporto alla persona della moglie ed ai beni comuni, il capo necessario, *primus et praecipuus;* che ne aveva *l'usufrutto (bail) il governo, e l' autorità*. La parola *signore* è stata sovente limitata a questo senso legittimo. La parola *capo*, impiegata dall'art. 1388 (1342), ne è oggi l'equivalente.

860. Si sono qualche volta provati falsi paragoni per rannodare l'autorità del marito con qualche situazione regolare e normale del dritto.

Si è paragonato ad un'amministratore *cum libera*, ma noi abbiamo veduto or ora che è qualche cosa di più.

Si è paragonato a colui il quale, essendo proprietario è gravato di rendere. Ma questo ravvicinamento manca di esattezza, il marito non è proprietario, non è che capo. Di più ei può perdere e dissipare senza dovere a sua moglie nè conto nè indennizzamento. Se vi è un emolumento allo scioglimento della comunione, ei non lo rende, ma lo divide.

Non si deve nemmeno paragonare il marito a colui che non è gravato se non di una obbligazione di rendere *id quod supererit:* perchè, se abusa, se dissipa, la moglie può con una dimanda di separazione, por fine alla comunione ed operare la divisione.

Il marito non è nemmeno un semplice usufruttuario; ei può vendere ed alienare presso a poco come un padrone che dispone.

861. Allontaniamo adunque queste analogie; penetriamoci di quest'idea, che la comunione è una società *sui generis*, nella quale il marito rappresenta una parte che non rassomiglia assolutamente a nessun'altra parte, in cui una grande potenza di azione si trova frattanto limitata dal dritto della moglie.

Non ci attacchiamo soprattutto a varî argomenti di terminologia per cercare una differenza tra l'antico dritto, tale quale l'abbiamo definito, ed il nuovo. Il marito è durante il matrimonio capo della comunione; ne ha la libera amministrazione; può dissiparla, perderla. La moglie non è se non un socio passivo, la quale non ha durante il matrimonio che un dritto inerte, mentre che tutta l'azione appartiene al marito. Questo stato di cose ci basta per mantenere nel dritto moderno le espressioni di *signore e padrone* consacrate dall'antica pratica, e per così dire sacramentali. Noi non scorgiamo differenze fondamentali tra l'antico dritto ed il nuovo. Il marito il quale può vendere tutto, alienare, o ipotecare senza il consenso della moglie, è certamente molto bene signore e padrone della comunione sotto il Codice civile come lo era sotto l'impero delle consuetudini. Del rimanente l'art. 1475 (T.) è concepito sotto questo sistema; è intieramente fondato sopra gli antichi principî, e basterebbe da se solo per mostrare che il Codice non ha voluto deviarne.

862. Da ciò siegue che la moglie non potrebbe contraddire

le alienazioni fatte dal marito. Queste alienazioni sono legittime; elle emanano da colui che ha il dritto di farle. Quand' anche fossero imprudenti, quand' anche si rannodassero ad una amministrazione abusiva e dissipata, elle son valide rispetto ai terzi; son valide anche riguardo alla moglie, perchè il marito non ne deve conto di sorta.

Il marito è, durante il matrimonio creditore, salva la ricompensa, di ciò che è dovuto alla comunione, e può opporre questo credito per via di compensazione ad un debito che gli è personale. La moglie non ha che un rimedio, ed è quello di dimandare la separazione.

863. Qui si manifesta un primo limite il quale viene a temperare l'autorità del marito ed a mostrare che il dritto della moglie, quantunque inerte sin che dura la comunione, non è frattanto una di quelle vane speranze che il capriccio può fare svanire. Perchè la moglie può ottenere la separazione? La ragione è ch' ella ha un dritto positivo da conservare, dritto contemporaneo dal matrimonio, e che, quantunque ridotto all' inazione sin che il marito governa saviamente, si rialza ed agisce nel suo proprio interesse, allorquando il marito lo compromette con le sue colpe.

Non è il tutto ancora; il dritto della moglie ha bello essere informe, oscuro, cancellato, frattanto ha la sua virtù; contiene e limita con una certa misura il dritto cotanto esteso del marito. Difatti, il marito non può impinguarsi in pregiudizio della moglie; non può far nulla contra l'uguaglianza alla quale ha dritto; è tenuto di usare della sua autorità *con equità, moderazione e ragione*; e se impiega la frode, la moglie può farsi ricompensare. Noi vi ritorneremo sopra ai num. 872 e 876.

864. Ci sono anche dei casi nei quali l' imprudenza del marito lo rende responsabile verso sua moglie, e nei quali la legge lo grava di ricompensarla: l' art. 1415 (T.) del Codice civile ne è un esempio sorprendente.

865. Noi vedremo bentosto che le ammende nelle quali è incorso pei suoi delitti sono un soggetto di ricompensa per la moglie.

866. Non è dunque una libertà *con immensità e senza regola* quella del marito: io impiego le parole di Coquille; e quel che modera tale libertà è l'interesse, è il dritto della moglie, dritto che è quello di un vero socio, il quale ha, se si vuole, una parte inerte, una posizione di aspettativa, ma che in certi momenti si rivela con energia e mostra che fa d'uopo fare i conti con lui. Che la moglie non sia durante il matrimonio, *socia aequa principaliter*; come dice Dumoulin, non lo nego; dessa è ciò non pertanto socia, ed il sistema delle ricompense ed il dritto di dimandare la separazione dei beni sono l'efficace realizzazione di questo dritto di socia.

867. Ciò posto, e ben fissate le parti rispettive, entriamo nel dettaglio dell' art. 1421 (1396 M.).

Poichè il marito ha un dritto di signore e padrone della comunione, poichè è il capo della società coniugale, ne siegue (ed il nostro articolo lo dice espressamente) che può non solamente alienare i mobili soggetti a deperire, ma vendere ed alienare gl'immobili, ed ipotecarli senza il consenso della moglie, e senza doverlene alcun conto o risarcimento. Se questo dritto di padronanza e di signoria non va sino a poterli dare (art. 1422, 1423 (T. T.) del codice civile, la ragione ne è che fa d'uopo procurare una salvaguardia alla moglie, e renderla preferibile ai donatari che il marito preferisce a se stesso.

In quanto alle alienazioni a titolo oneroso, siccome vi sono felicemente più padri di famiglia prudenti di quel che vi siano mariti dissipatori, la legge confida nella saggezza dello sposo. Essa suppone che le alienazioni ed i contratti ipotecari sono nell'interesse della comunione, la quale riceve l'equivalente di ciò che dà; accorda alla comunione nell'interesse del suo credito un movimento ed una libertà che mancano al regime dotale per il vizio del suo sistema d'immobilità. Pensiamoci d'altronde: la comunione è ordinariamente un emolumento nato durante il matrimonio; è l'opera principale del marito; prospera soprattutto con la sua industria, e deve a lui i suoi frutti i più importanti; è sorprendente che l'operaio abbia questo dritto sulla sua opera?

Non vi è dunque ingiustizia nell'accordare al marito questo primato che qualche volta si ravvicina alla proprietà, senza essere la proprietà stessa. Coloro che se ne sorprendono o se ne dolgono non fanno attenzione all'azione che presiede alla comunione e la distingue da ogni altra società. Nelle classi laboriose e nelle condizioni medie, che attingono nella comunione tanti grandi elementi di progresso, è quasi sempre il marito che sopporta la maggior parte del travaglio a cui è dovuta la prosperità coniugale. Eccettuato il commercio in cui la moglie sovente interviene con molta felicità ed abilità, il marito è quello ch'esercita l'arte, l'industria o la professione liberale da cui la comunione riceve l'impulso progressivo. Senza dubbio, la moglie lo seconda molto con la sua savia economia ed il suo saggio governo nelle spese del maneggio, conserva, e quasi sempre conservare vale lo stesso che aumentare.

Ma non ne è men vero che dal marito vengono le fatiche sia intellettuali, sia manuali, che sono la sorgente dei più vistosi profitti. Che l'uomo coltivi la terra, o coltivi le lettere; che esponga la sua vita nei campi di battaglia ove nei tempi dei nostri trionfi si sono raccolte tante spoglie opime, allato a tanta gloria, che si abbandoni agli esercizi meno pericolosi, ma ugualmente penosi, delle professioni civili; l'uomo che è il più forte ha sempre per sorte il travaglio più ruvido. E siccome Iddio ha posto la ricom-

pensa dietro al travaglio, ne siegue che quegli che travaglia di più raccoglie la messe più abbondante. Coquille ha fatto di sopra una riflessione eccellente, e che merita di essere riprodotta, ei parla di un marito che esercita una professione liberale, il foro per esempio:

» Il di lui spirito solo, dic'egli, fa i guadagni, ed in questo grande travaglio di spirito, diminuisce tanto più il suo vigore e la sua vita, ed è ben ragionevole, poichè cotesto travaglio è tutto suo, che durante la sua vita riceva qualche contento ».

Devo osservare del rimanente che vi erano talune consuetudini le quali volevano che il marito non potesse vendere se non col concorso della moglie. Ma il dritto comune vi era contrario, e l'art. **1421** (1369) è conforme alla consuetudine quasi generalmente seguita in Francia.

868. Si è ancora deciso che il marito può vendere a rendita vitalizia su di se, un'acquisto della comunione. Quest'atto non oltrepassa il di lui dritto. Se premuore, portando la rendita con se, la moglie non potrà dolersi poichè la comunione ha profittato degli arresti durante tutta la sua vita. Se, al contrario, è il marito che sopravvive, gli arretri si dividono tra lui e gli eredi della moglie premorta. Difati, subito che la comunione è disciolta, i dritti rispettivi si delineano, e tuttociò che è comune si deve dividere. La rendita vitalizia che ha preso il posto dell' acquisto della comunione è anche essa un acquisto; entra dunque nella divisione: altrimenti il marito si procurerebbe un beneficio personale in detrimento della comunione, ciò che non potrebbe essere ammesso. Il marito può dissipare la comunione, ma non può vantaggiarsi in di lei detrimento. Or non accadrebbe ciò, se non dividesse gli arretri della rendita vitalizia? Deve dunque parteciparli agli eredi della moglie.

869. Per applicazione del principio consacrato dal nostro articolo, è riconosciuto che il marito non ha bisogno del concorso della moglie per la validità dell' abbandono per effetto d' ipoteca di un acquisto della comunione.

870. In una parola, il marito ha un dritto assoluto di disporre a titolo oneroso del mobiliare e degli acquisti della comunione. Questo è uno degli attributi dell'autorità maritale ed uno dei caratteri della comunione, ed è per l'esistenza di questo dritto assoluto che la comunione è un regime assai più favorevole al credito del regime dotale. I terzi possono trattare con fiducia col marito: non hanno da temere le censure della moglie e tutti i ricorsi spaventevoli che il regime dotale fa librare sopra i terzi detentori dei beni dotali. Ma non hanno ancora da temere che la moglie venga a turbarli, acquirenti o creditori ipotecari con la sua ipoteca legale. Sin che la moglie resta in comunione, è socia alle alienazioni ed alle ipoteche consentite dal marito; tutti questi atti si reputano suoi.

871. Impertanto facciamvi attenziune, quando parliamo del dritto assoluto del marito, non lo separiamo nel nostro pensiere, da quei limiti necessari che circoscrivono le cose di quaggiù.

E, per esempio, allorquando il marito ha venduto gli acquisti della comunione, accade (e ciò qoalunque fosse la pienezza del di lui dritto) che se la moglie rinunzia alla comunione, può far valere contro l'acquirente l'ipoteca legale, e così turbare l'atto dell'autorità maritale. Con la di lei rinunzia, gli acquisti divengono beni del marito, e quindi l'ipoteca legale li colpisce giusta l'articolo 2121 (2007) del codice civile. Si è vanamente contrastata siffatta estensione dell'ipoteca. Non vi sono verità per quanto si voglinno evidenti che gli autori non abbiano tentato di oscurare, ma la ragione finisce col vincerla, e non credo che si possa oggi gravemente controstare un punto di dritto tanto certo. Che non si parli de'dritti del marito come signore della comunione, si reputa non esservi stata comunione. Che non si parli dei principî seguiti in materia di società e secondo i quali un socio non può mai acquistare dritti preferibili ai crediti della società; si reputa non esservi stata società; si reputa che quest' essere morale non abbia avuto esistenza.

Del rimanente, i terzi che trattano col marito hanno un mezzo sicuro per premunirsi: ed è quello di esigere che la moglie intervenga al contratto col marito.

872. Ecco un esempio di turbamento portato dal dritto della moglie: ciò non importa società, poichè la moglie non può esercitarla se non dichiarandosi non comune.

Ma quand'anche fosse comune, la moglie può, in un certo caso, arrecare molestia al marito con questo dritto di alienazione a titolo oneroso che noi appellavamo or ora assoluto; abbiamo indicato questo caso al n. 863. Ma non abbiamo fatto se non introdurre quest' idea. Noi abbiamo bisogno di ritornarvi per penetrarvi più profondamente. Noi vogliamo parlare del caso in cui il marito aliena i beni della comunione onde frodare la moglie.

Quantunque il marito sia signore e padrone della comunione, è frattanto un principio che deve reggerla senza frode. La signoria gli è attribuita, dice Coquille, *quatenus bona fide patitur, non etiam ut fraudibus via aperiatur*. Ogn'atto emanato da lui, che tenderebbe a fargli un vantaggio indiretto, darebbe luogo a ricompensa in profitto della comunione. In questa materia deve regnare l'uguaglianza la più precisa. Questo è quello che fa dire a Lebrun con molto senso e con buonissimo linguaggio: « Non si studiano in tale materia frodi grossolane, nè donazioni ricevute da cattivi artifici, ma si teme anche l'operazione della legge e principalmente l'effetto della destinazione. S'impedisce che, sotto il pretesto che il marito sia padrone della comunione, manchi di rendere alla comunione ciò che questa deve avere: che la frustri di una successione mobiliare che deve profittarle, o che non faccia le compen-

sazinoi coi propri debiti i quali snervano tale successione mobiliare, e stolga la miglior parte dell'emolumento ».

Bisogna convenire frattanto. La frode è difficile da sorprendere negli atti permessi, di dritto, al marito, e che per cattiva volontà può rivolgere contro la moglie. Supponghiamo un marito pieno d'ingiusta avversione verso la moglie o di un'affetto colpevole per una concubina; egli ha nella comunione un immobile considerevole che ne è il più ricco ed il più bell'oggetto: chi l'impedisce, per privarne la moglie, di venderlo maliziosamente, e di farne disparire il prezzo? Se la coscienza non lo ritiene, la legge stenterà a fargli sentire il suo freno; perchè non vi ha nulla di più sgradevole quando il penetrare nei tranelli sordamente orditi dalla frode. Quante facilità, al contrario, ha il marito per vendere i beni della comunione e prendere in pagamento biglietti al latore per fare prestiti simulati, onde fare apparire una quantità di debiti maggiore dei beni, onde forzare la moglie o gli eredi a rinunziare.

I tribunali potranno frattanto esaminare le circostanze: sarà loro dovere di armarsi con una invigilanza investitrice e severa, per sorprendere queste mene infami. Il campo degl' indizi è loro abbandonato; devono entrarvi con fermezza e rigore, quantunque con prudenza e senza passione.

873. Tra le numerose presunzioni di frode che sorgono qui, e che sarebbe infinito l'ennumerare, ve ne è una che noi distingueremo; questa è la vendita di un acquisto della comunione scientemente fatta dal marito la vigilia della sua morte o della morte della moglie. L'intenzione di frustrare la moglie o i di lei eredi ha una grande verosimiglianza: nel primo caso tutto induce a credere che la vendita non è sincera, che non ci è stato pagato prezzo, che il compratore non è che un donatario o un prestanome ed una persona interposta; nel secondo caso si suppone, con molta apparenza di ragione, che la vendita non ha avuto luogo se non per farne disparire il prezzo.

In appoggio della nostra prima decisione, citiamo un esempio dato da La Thaumassière:

Il 13 ottobre 1558, Simone Lelarge, eletto della città di Bourges, cesse al signor de Paraçay, suo fratello, tutti i bestiami che erano nel podere affittato di Boucanto, in uoa al profitto di costoro i debiti dei coloni ed i frutti. Ei morì l' indomani. Litigio tra la vedova ed il signor di Paraçay per la validità del contratto.

La Thaumassière, allegando per la vedova diceva.

L'autorità del marito sopra i beni non ha luogo se non quando il marito è in perfetta salute, e non quando i contratti sono fatti in frode ed in pregiudizio della moglie in articolo di morte. Tale è la restrizione dell'art. 19, titolo 1, di questa consuetudine, perchè tali contratti non avendo effetto, se non dopo la morte del marito, in un tempo in cui la moglie è libera dall'autorità mari-

tale, questi non possono eseguirsi in frode della moglie, non essendo considerati che come disposizioni a causa di morte, principalmente allorchè il contratto non ha effetto per susseguente rescissione e che la cosa venduta si trova ancora dopo la morte del marito, in possesso degli eredi o della moglie:

Se questi contratti fossero leciti, la conseguenza ne sarebbe pericolosa; e se fosse permesso ad un marito moribondo la disposizione de'suoi beni, chi non vede che ciò sarebbe mettere in pericolo i dritti della moglie, ed accordare al marito la facoltà di spogliarla.

874. Aggiungiamo che in questa ricerca della frode del marito, si porrà attenzione nel trovare la partecipazione che i terzi hanno potuto avervi, prestandosi a fallaci simulazioni. Se i terzi non hanno avuto conoscenza dell'artifizio, l'atto sarà valido a loro riguardo. Se ne sono stati complici, la moglie potrà *dimandare contra di loro.* Si applicano in questo caso senza difficoltà le regole dell'azione paoliana.

875. Gli altri autori antichi distinguono ancora tra le azioni sospette di frode, l'alienazione di tutta la comunione con un sol atto a titolo universale. Tale alienazione con la sua immensità ha qualche cosa di veramente sospetto. L'art. 244 della consuetudine di Poitou diceva: « Purchè non sia contratto generale di alienazione di tutti i suoi beni; perchè in questo caso, la moglie potrebbe domandare la sua metà, ed il detto trasporto universale non sarebbe valido se non per quel che concerne il marito ».

876. Il marito commetterebbe ancora una frode di cui sarebbe responsabile, se alienasse i beni della comunione per applicarne il prezzo al miglioramento de'suoi propri. Un marito è sempre in frode in faccia alla moglie, quando si arricchisce a di lei spese.

877. Non diremo nulla di più circa l'alienazione dei beni della comunione.

Parliamo de' litigî che interessano la società coniugale.

Come conseguenza di ciò che si è detto, si scorge in un subito ch'è il marito solo che sostiene tutte le istanze che riguardano i beni della comunione. Ciò che viene giudicato per conto del marito, lo è per conto della moglie. La moglie è nel giudizio in persona del marito; e vi sta senza che vi fosse chiamata e senza che vi figurasse.

878. Che se il marito muore durante il giudizio e che l'istanza si continua con gli eredi senza che la moglie fosse posta in causa, la sentenza pronunziata sulla cosa della comunione non le pregiudicherà per la parte che vi ha; ella potrà farvi opposizione di terzo.

879. Ma non potrebbe dimandare per quel che la concerne la perenzione d' istanza cominciata col marito e continuata con gli eredi. Vanamente si direbbe che, dalla morte del marito, non è stato fatto contra di lei verun atto di giudizio durante tre anni

e che la procedura cominciata contro di lei, in persona del marito non è stata continuata a suo riguardo dopo la morte di costui. La ragione ne è che la moglie non è mai stata col nome nell'istanza. Come dimanderebbe dunque la perenzione di una istanza in cui ella non ha figurato? Che possa fare opposizione di terzo si comprende. Ma non può dimandare la perenzione d'istanza; non può dire che vi è stata interruzione di procedure contro di lei, non essendovi state mai procedure incominciate.

880. In quanto alle obbligazioni di cui il marito grava la comunione con i suoi delitti, bisogna ricorrere agli articoli 1424 e 1425 (T. T.).

881. Per quel che concerne gli altri debiti fatti dal marito, ne abbiamo trattato nel nostro comento all'articolo 1409 (T.). Abbiamo veduto che il marito il quale obbliga la comunione rapporto a' terzi, l'obbliga ancora rapporto alla moglie, salvo il caso in cui costei ha dritto di essere ricompensata. Ritorneremo nel comento all'art. 1437 (T.) sul dritto di ricompensa, che è una delle principali garenzie accordate alla moglie al saggio equilibrio del sistema della comunione.

882. Il marito non è che solamente l'amministratore de' beni della comunione; è ancora l'amministratore de' beni proprî della moglie, che danno i di loro frutti alla comunione. Questo punto è trattato negli art. 1428 (1399) e seg.

883. Non abbiamo ancora detto nulla degli atti gratuiti che il marito potrebbe fare de' beni della comunione: ciò formerà la materia degli articoli seguenti.

ARTICOLO 1422 (T. Sopp. i n. 884 al 907)

Non può disporre tra i vivi a titolo gratuito degl'immobili della comunione, nè della generalità o di una quota parte del mobiliare, se non per la callocazione dei figli comuni.

Può nondimeno, disporre degli effetti mobiliari a titolo gratuito e particolare in favore di chicchessia, purchè non se ne riserbi l' usufrutto.

ARTICOLO 1423 (1404 M.)

La donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà non può eccedere la parte che gli spetta nella comunione.

Se un effetto della comunione è stato donato in questo modo, il donatario non può reclamarlo in natura se non quando per l'avvenimento della divisione, entra nella quota degli eredi del marito; se non entra nella quota di questi eredi, il legatario ha la ricompensa totale del valore dell' effetto donato sulla parte degli eredi del marito nella comunione, e sopra i beni personali di quest' ultimo.

COMMENTARIO

908. L' antico dritto consuetudinario, assai più favorevole del codice civile a titolo gratuito non permetteva frattanto al marito di disporre con atto di ultima volontà della parte della sua sposa; la donazione testamentaria fatta dal marito ad un terzo era non valida per quel che concerne la parte degli acquisti inerente alla moglie. La ragione ne è semplice; e si applica tanto alla giurisprudenza moderna che alla consuetudinaria. Il dritto della moglie non è in verità durante il matrimonio che un dritto eventuale, ma allo scioglimento della comunione diviene attuale. Si oppone dunque all'effetto di un'alienazione che non comincia se non alla fine della vita del testatore ed al momento in cui spleude il dritto della moglie. Da ciò quell'adagio di un senso profondo e di una espressione significante. « Il marito vive come padrone, e muore come socio ». Questo adagio rivive nell'articolo 1423 (1404 M.) del codice civile. Il marito non può legare se non la sua parte della comunione; il suo dritto si arresta innanzi il dritto della moglie.

909. Or quali saranno le conseguenze dell'eccesso dell'autorità del marito, che legherebbe la parte della moglie nella comunione? Siffatta quistione si traduce in due altre: il legato è nullo o so-

lamente riducibile? Il legatario spogliato della cosa per parte della moglie ha dritto a ricompensa sopra gli altri beni del marito?

910. La prima quistione non ne è che una: il legato è riducibile. Vale per la parte afficiente del marito; il marito non è il padrone di legare la sua porzione de'frutti del travaglio comune? Fa d'uopo dunque che il legato tenga sino alla debita concorrenza. La nullità del legato per il tutto sarebbe una pena troppo rigorosa ed inutile.

911. Bisogna dunque dire che sin che sarà possibile, sarà buono disporre le cose in modo che la divisione metta la cosa donata nella quota del marito, affinchè la donazione testamentaria riceva la sua esecuzione: tanto è vero che il voto del legislatore si è che il legato non devesi considerare come nullo nei rapporti del legatario col defunto. Non sarà che quando non si potrà fare altrimenti, che la cosa sarà posta nella quota della moglie, o divisa in due.

912. Nell'ultimo caso il legatario spogliato della cosa in tutto o in parte avrà, contro gli eredi del marito, una ricompensa di ciò che la moglie viene a torgli.

Per la negativa, si può dire che il marito il quale ha legato la parte della moglie, ha legato la cosa altrui e che il legato della cosa altrui è nullo, sia che il testatore abbia conosciuto, sia che non abbia conosciuto che questa cosa altrui e che il legato della cosa non gli apparteneva.

Per l'affermativa si risponde. Sarebbe troppo duro applicare qui il dritto comune in materia di legato della cosa altrui. Se è vero che per regola ordinaria non si deve avere riguardo alla disposizione con cui il testatore lega scientemente ciò che non gli appartiene, si deve considerare che qui il marito ha disposto di una cosa che in sua vita, era abbandonata alla sua signoria; che in verità sapeva che non era sua dell'intutto a causa del dritto eventuale della moglie, ma che ha potuto credere o che non cadrebbe nella quota di costei o che la moglie potrebbe ripudiarla; che in tutti i casi è stata una intenzione, che accadendo l'evizione contra del legatario, si desse a costui la stima di ciò che gli è stato tolto, perchè le disposizioni de'moribondi devono interpetrarsi largamente e favorevolmente. Qual'altro pensiero poteva aver il testatore dando una cosa che sapeva non essere sua del tutto? Non era certamente un sentimento di animosità e di frode contro alla moglie. Non è più umano il supporre che egli ha voluto fare una liberalità, intendendo che se la divisione privasse il suo legatario di qualche cosa, ne sarebbe indennizzato dagli eredi?

Convenghiamone frattanto: queste ragioni preponderanti nell'antico dritto, ove il legato della cosa altrui era valido, non hanno minor forza sotto il codice civile che lo dichiara nullo? Vinnio non le avrebbe trovate plausibili, almeno giudicandone dalla sua dissertazione sopra il legato della cosa comune, perchè è di parere

che il legato della cosa comune non è valido che per parte del testatore, a differenza del legato della cosa altrui che un tempo voleva per il tutto. Il suo ragionamento è che colui, che avendo una cosa in comune con un altro, dice nel suo testamento. Io lego a Tizio il mio fondo Semproniano, *meum fundum*, è creduto non aver voluto parlare di tal fondo se non in quanto gli appartiene, cioè a dire per la sua parte; ma non puossi facilmente presumere, che egli ha voluto parlar della parte altrui, e forzare così il suo erede e ricomprarla.

Tuttavia io deggio dire che Voet, che ammetteva per principio il sistema di Vinnio, non lo riguardava come buono, se non quando la cosa era indivisa tra il testatore ed uno estraneo, ma che egli faceva eccezione allorchè trattavasi di un bene acquistato dalla comunione.

913. Non solo il marito non può disporre pienamente per testamento della cosa comune, ma anche non può per testamento privar sua moglie di un bene acquistato dalla comunione, sotto pretesto di una restituzione. Mi spiego: un marito ordina col suo testamento, che il tale bene acquistato sarà restituito al venditore per il prezzo sborsato, poichè egli l'ha reso vittima di una lesione, o di una frode. Questa disposizione non nuocerebbe alla moglie; e se l'art. 289 della consuetudine di Anjou decide il contrario, una decisione singolare è questa, a che non può fare autorità. Il dritto della moglie non deriva dal marito; ella lo trae da se medesima, dal suo dritto di consociazione. Deve il marito guardarsi, dice Lebrun, di non gravare la sua coscienza per arricchire la sua comunione. In quanto alla moglie costei ha un dritto acquisito. Sta a lei a giudicare, in piena cognizione di causa, se le convenga non trovar profitto del dolo di suo marito.

ARTICOLO 1424 (T.)

Le ammende nelle quali abbia incorso il marito per reati non colpiti dalla morte civile possono essere eseguite sopra i beni della comunione, salvo il compenso dovuto alla moglie; quelle che ha incorso la moglie non possono eseguirsi che sulla nuda proprietà dei di lei beni personali sin che dura la comunione.

ARTICOLO 1425 (T. Soppr. i n. 914 al 932)

Le condanne pronunziate contro l'uno dei coniugi per reato colpito dalla morte civile non gravano che la sua parte della comunione ed i suoi beni personali.

ARTICOLO 1426 (1397)

Gli atti fatti dalla moglie senza il consenso del marito, benchè con l'autorizzazione del giudice, non obbligano i beni della comunione, se non quando ella contratta come mercantessa pubblica, e per affari del suo commercio.

COMMENTARIO

933. La sposa di età maggiore che pria del suo matrimonio era libera di contrattare, finisce di esserlo allorquando si è impegnata ne'legami matrimoniali. Così nel dritto romano l'adozione di una persona *sui iuris* la sommetteva alla potestà del padre adottivo. Il matrimonio imitando in ciò la romana adozione, diminuisce la capacità della moglie. L'età areale accordata la libertà, il matritrimonio a lei la circoscrive entro certi limiti.

Basta questa osservazione per dimostrare, che l'incapacità della moglie non è fondata unicamente sulla debolezza del sesso; la preponderanza dovuta all'autorità maritale, ne è un'altra cagione non meno decisiva. Ogni società deve avere un capo, ed il marito è quello che la natura ha dato alla società coniugale.

Come sposo accettandolo, la moglie lo accetta anche come capo. Or a tal titolo è padrone della comunione; e siccome nella comunione entrano i frutti dei beni della moglie, ne segue che anche in quello che *iure proprio* alla sposa appartiensi, è costei priva della facoltà di disporre senza la maritale autorizzazione.

934. Si vede da ciò che l'incapacità della moglie è una conseguenza necessaria del regime della comunione. Questo regime si favorevole al progresso della famiglia, questo regime molto meno

ingombro di barriere di quanto lo sia il regime dotale, conduce frattanto per conseguenza logica irresistibile, a restringere la capacità della moglie, avvegnachè la comunione al pari di ogni altra ben ordinata società è basata sull'unità del potere, e l'unità del potere mette il marito alla testa degli affari, e la moglie in un rango subordinato.

935. Per questo si è che i paesi consuetudinari hanno assai meglio compreso, dei paesi del regime dotale il principio della sommissione della moglie al marito. In Roma, la donna maritata passava a vicenda dall'oppressione alla licenza. In mezzo di tali ondeggiamenti disordinati il regime dotale, è rimasto sterile di mezzi atti a rientrare nel vero. La comunione all'incontro sostituendo al sistema di separazione, che è la base della dote, una società nella quale ciò che si possiede dagli sposi, si unisce, e si confonde, la comunione, io dico è stata condotta a dare un capo a questa società, e da ciò, l'autorizzazion maritale, sconosciuta nel roman dritto, è divenuta il potere moderatore che ha battuto la via di mezzo tra la schiavitù da'primitivi tempi di Roma, e la licenza della repubblica in decadenza, e dell'impero pagano.

È da questo punto dunque che bisogna muovere: ciò che il buon governo della società coniugale, l'unità di direzione e di amministrazione, l'interesse della domestica economia, in una parola, figurano al primo rango fra le cause principali dell'autorizzazione maritale.

936. Io non cancello frattanto le considerazioni tratte dalla debolezza del sesso, ed io non divido la sorpresa di coloro che vedendo le donzelle maggiori, e le vedove liberamente contrattare, non possono comprendere come la fragilità della donna sia riguardata con importanza. Quando anche la saggezza della legge non diminuisse la capacità della donna maritata, tal diminozione da se medesima si verificherebbe. La sposa che reca nel matrimonio i sentimenti di affetto che formano la sua felicità, e quella del suo sposo, deferisce volentieri alla di costui prudenza la cura degli affari. Tal sentimento della propria debolezza ed inesperienza trova in lui una guida, un consigliere, un appoggio. Lasciandolo agire, e decidere, si ritrae da quanto havvi di più spinoso ne'suoi interessi felice di avere un tal mandatario, e di adempire il dovere di sposa confidente abdicando per lui quello di proprietaria vigilante.

È dunque vero che il matrimonio sviluppa nella sposa un sentimento naturale che l'allontana dalla complicazione degli affari, e che l'assistenza di suo marito le offre un plausibil protesto per astenersene. Arrogi a tali disposizioni, i tempi di gravidanza, le cure di nutrire col proprio latte, e della prima educazione de' figli, tempi in cui la sposa deve se stessa ad altri doveri, in cui il suo coraggio, e la sua tenerezza son posti a tante pruove, e

vedete se il matrimonio non apporta nella sua capacità a contrattare profonde alterazioni e serî imbarazzi.

937. Però è che noi riferiamo l'autorizzazione maritale a due cagioni; la preeminenza del marito come capo naturale della società coniugale, la fragilità della moglie nelle materie d'interessi.

938. Bisogna a tutte le anzidette aggiungere un'altra ragione nascente dal pubblico interesse. Il patrimonio della sposa, è generalmente parlando l'ultima risorsa della famiglia; è d'uopo conservarlo per i tempi di calamità che colpiscono la società coniugale. Or non sarebbe un compromettere questa preziosa riserva, il lasciar la moglie in possesso della più estesa sicurtà. Non sarebbe un esporre la società coniugale ad esser colta alla sprovveduta, caso mai giungesse l'istante di ricorrere a questo utile soccorso? Non è dunque ben fatto il far che la moglie sia investita di una libertà uguale a quella del marito: due libertà uguali nella gestione di un' interesse possono sovente contrariarsi e nuocersi. È perciò di pubblico interesse di circoscrivere con una certa misura questa libertà della moglie, il cui abuso avrebbe tante triste conseguenze.

939. Qui si presenta una distinzione dagli antichi autori insegnata, tra l'autorizzazione del marito, ed il di lui consenso all'atto nel quale sua moglie figura come parte.

Nel dritto consuetudinario non si confondevano il consenso e l'autorizzazione. È ben vero che tra i coniugi in comunione, l'autorizzazione data dal marito alla moglie, era per parte sua un consenso implicito all' atto fatto da costei, e sottoponeva i beni della comunione all'azione dei creditori della moglie in tal modo autorizzata. Ma se l'autorizzazione riuniva consenso, ed obbligazione del marito, il semplice suo consenso sembrava non riunire necessariamente un' autorizzazione data alla moglie. Il consenso del marito, dicevasi, non sarebbe toccato che al suo interesse particolare; all' incontro l'autorizzazione è un atto di autorità dello sposo sopra la sposa, che obbliga l'interesse della sposa, e che la mette in figura: dunque il semplice consenso del marito, atto personale al marito non comprende virtualmente l'abilitazione della moglie, atto rivolto direttamente all' interesse della moglie. Può il marito, a rigore, consentire ad un atto che l' interessa, ed avere la sua sposa per secondo in questo atto, senza per questo autorizzarla. Un farmacista di Parigi, trovandosi a Lione avea tratta una lettera di cambio sulla sua sposa, la quale aveala accettata. A primo slancio, sembra che il farmacista per il fatto medesimo della creazione della lettera di cambio avesse autorizzato la moglie a soddisfarla; e che costei accettandola si fosse trovata di accordo col desiderio del marito: frattanto un arresto del parlamento di Parigi del 13 agosto 1592 decise che la sposa avea contratto senza autorizzazione, e dichiarò nulla la di lei obbligazione. Una moglie avea contratta una obbligazione in pre-

senza, e col consenso del marito ma non era stata autorizzata da quest'ultimo: un arresto del medesimo parlamento del 13 aprile 1636 annullò l'obbligazione. Un signor di Colombier e sua moglie eransi solidariamente obbligati per una somma di 500 lire verso un signor Lecomte, per mercanzie fornite da costui: ma nel contratto non dicevasi che la sposa fosse autorizzata: un arresto del parlamento di Parigi del 28 agosto 1699 annullò l'obbligazione per quanto riguardava la moglie.

940. Questa distinzione tra il consenso e l'autorizzazione, conduceva a una differenza nella forma dell'uno e dell'altra. Il consenso può esser tacito: l'autorizzazione bisogna che sia espressa, e speciale. Il consenso s'induce sovente dalla sola presenza del marito all'atto, poichè si presume che consenta quando assiste a un atto, ove la di lui presenza è comprovata. Ma l'autorizzazione dee esser solenne, ella è quasi sacramentale, ed esige termini formali, e precisi.

Però cadevasi in un formalismo assai somigliante ai rigori delle formole romane. Pothier se ne era costituito l'eco, malgrado la purità del suo spirito, ed il suo alto ragionare. E non bisogna stupire trovando nel medesimo sentimento autori più antichi, per esempio, Tiraquello, il quale dice: *Et ideo expresse auctoritas interponi debet, ut quando ea requeritur, non sufficit simpliciter consentire; sed sicut sonat verbum, debet auctoritas praestari.* E pontano: *Pluris quippe est auctoritas quam simplex consensus. Auctoritas enim maiorum est, qui ius potestatis in illum, cui eam praestant, habent; inferiorum autem est consensus.* D'Argentrè distingue ancora il consenso dall'autorizzazione: *Auctoritas personam abilitat ad contrahendum, consensus marit interesse respicit.*

941. Ma se per obbligare la moglie non basta il semplice consenso, è sufficiente però ad obbligare il marito; ecco due ragioni: una cavata dal dritto consuetudinario, cioè che il marito il quale si obbliga unitamente alla moglie è sempre solidariamente tenuto, avendo i creditori principalmente prestato credito a lui; l'altra tratta dal dritto romano, secondo il quale il marito che conosce il vizio dell'obbligazione di sua moglie, con la quale egli s'impegna verso un terzo, è tenuto per l'intiero.

942. Tal era il dritto anteriore al Codice civile. Gli articoli 217, 1426 e 1450 (206, 1397 e 1414) del Codice civile hanno mitigato questo eccesso di superstizione formolaria, e per avventura coloro che un tempo come Lebrun pensavano che un marito che interviene nel contratto fatto dalla moglie per mallevarla, non l'autorizza, al giorno d'oggi darebbero una decisione tutta contraria.

Del rimanente di che parlasi nel nostro articolo?

Non tanto di render la sposa capace di contrarre su cose che le appartengono in proprietà, quanto di comunicarle il potere di

obbligare i beni in comunione, de' quali il marito è signore e padrone durante il matrimonio; due cose ad un punto: abilitare la moglie, e, dopo averla abilitata, metterla in caso di gravare con le sue obbligazioni verso le terze persone, i beni della comunione. Ebbene! queste due cose son comprese, secondo il nostro articolo, nel consenso del marito. Tale disposizione si conforme alla ragione, distrugge le distinzioni della giurisprudenza consuetudinaria tra il consenso e l'autorizzazione.

943. Dopo quanto si è detto, ognun vede che il marito ha sulla moglie un' autorità che gli permette di tenerla lontana dalla amministrazione comune. Tutta l' autorità che gli permette di tenerla lontana dalla amministrazione comune. Tutta l'autorità è concentrata nelle di lei mani; egli può delegarla o ritenerla. Se egli la ritiene, la moglie non può lamentarsene. Il marito usa del dritto suo; dritto sovrano, ed esclusivo, che nell'atto che lo rende arbitro della comune amministrazione, l'autorizza a sindacare tutte le azione della moglie. Non è questo un dritto di onoranze e superficiale, come dicevasi altre volte delle persone di cui si chiede il parere per onoranza, senza esser tenuto di seguirlo. Il marito a causa dell' interesse che egli ha come capo dell' economia domestica esercita un' autorità reale, e seria. Se egli qualche volta se ne dimette, se egli la divide con la moglie per il comun bene e l'onoranza della madre di famiglia, è una condiscendenza dovuta al carattere di costei; ma non vi è per alcun dovere legale forzato.

944. Tuttavia bisogna rimarcare, che allorquando noi insistiamo su tal dritto assoluto del marito, non ci mettiamo al punto di vista dell' articolo 1426 (1397) cioè a dire nel centro dell' amministrazione della comunione. Per tutto quello che appartiene a questa amministrazione, la moglie coi il marito ricusa una parte d'intervento attivo non potrebbe richiamarsene innanzi la giustizia. Non è però così allorchè trattasi di atti e disposizioni relative ai beni della moglie. Il rifiuto di autorizzazione del marito può esser supplito dal giudice.

945. Frattanto non è l'istesso che la moglie sia autorizzata dal giudice, o che lo sia dal marito: la moglie in comunione che si obbliga con l'autorizzazione del marito obbliga la comunione. Ma la moglie in comunione che contrae con l'autorizzazione del giudice, non impegna che la nuda proprietà dei suoi beni; non obbliga la comunione, nè l'usufrutto dei suoi beni, che appartiene alla comunione. Noi abbiam veduto di sopra le ragioni di questa differenza e vari così pratici.

946. Quando il marito vuol permettere che la moglie intervenga negli affari della comunione, accorda tale capacità per un mandato espresso, o tacito; e questo mandato fa ricadere sul marito, cioè sulla comunione, i debiti contratti dalla moglie. Quando il marito vuol ahe la moglie contragga per i di lei beni propri lo fa

per mezzo dell' autorizzazione, e ne la rende capace: e siccome quest' autorizzazione si reputa data dal marito per interesse comune, ed in considerazione di un vantaggio della comunione, la comunione è tenuta per l' atto della moglie; ecco una regola fondamentale, confermata anche dalle stesse eccezioni di cui è suscettibile. In generale un marito che autorizza ed un marito che consente sono sulla medesima linea di responsabilità.

Riepiloghiamo alcuni casi che pruovano tal verità.

947. Sonvi talune spese, che si giudicano fatte dalla moglie con l' autorizzazione del marito: come quelle che bisognano alle occorrenze dell' economia domestica, il cui peso è quasi sempre addossato dal marito alla moglie; poichè al detto di Montaigne è dotata della *virtù economica*. Le provvigioni fatte per tale oggetto obbligano la comunione, quantunque la moglie fosse stata sola nel contrarre tali debiti. Ma abbenchè sola, è presunto avere il consenso del marito, ed un mandato tacito per contrattare per quello che ha relazione a tal sorta di spese.

Sarebbe altrimenti se la moglie, di nascosto al marito, si desse a delle spese di abbigliamento, o altro, eccedenti i suoi mezzi. Il giudice potrebbe ridurle a giuste proporzioni, lasciando il superfluo a carico dei mercanti, i quali attesa la loro compiacenza, agevolarono spese tanto esorbitanti.

La comunione è ancora responsabile, quando la moglie si dà a un commercio come fattrice di suo marito, quando firma per il marito analfabeta.

In tutti questi casi, la moglie rappresenta il marito; agisce per lui, ed in di lui luogo; è evidente che la comunione s' impegna con gli atti a cui si dà, col consenso del marito.

948. Ora supponghiamo che la moglie si obblighi per i suoi propri beni con l' autorizzazione del marito: accetti col suo consenso, una successione mobiliare ed immobiliare; faccia con la di lui autorizzazione un commercio; sostenga, con la stessa autorizzazione una causa relativa ai suoi propri beni; tutto questo riflusce sulla comunione, quantunque il marito non abbia dato che una semplice autorizzazione. Ma questa autorizzazione è relativa agli affari che non sono esclusivamente propri della moglie ; la comunione vi è ancora interessata in una certa misura, e l' autorizzazione del marito data in riguardo di questo interesse della comunione, fa ricadere su i beni della comunione l'atto della moglie. Qui non vi ha che due eccezioni, che si cavano dagli art. 1413 e 1432 (T. e 1403); ma l'art. 1419 (T.) mostra che queste eccezioni non debbono esse generalizzate.

949. E poichè secondo questo articolo 1419 (T), la comunione non è obbligata dagli atti della moglie, se non quando questa ha contratto con l' autorizzazione del marito, se ne desume per un argomento *a contrario*, che l'articolo 1426 (1397) stabilisce espressa-

mente che gli atti fatti dalla moglie senza tal consenso non obbligano la comunione.

950. Sonvi frattanto alcune eccezioni a questa regola.

E primieramente, se la spesa che la moglie ha fatto da se sola, e senza autorizzazione sia tornato in vantaggio della comunione, dovrebbe esser portata al passivo comune. Tali sono i principî in materia di società. Ne sono meno applicabili alla società coniugale, società ove regna la buona fede e che non deve arricchirsi ad altrui spese. Noi abbiamo qui sopra indicate le autorità sulle quali questa eccezione si appoggia all'art. 1426 (1397).

Così per esempio una donna maritata invia su i luoghi, ove si è aperta una successione mobiliare, a suo pro, soggetta a dilapidazione, un uomo di sua confidenza per invigilare ai di lei interessi: questa spesa torna a vantaggio della comunione, che profitta dell'attivo delle successioni mobiliari: figurerà dunque nel passivo della comunione.

951. In secondo luogo, le spese che fa la moglie per la di lei sussistenza, allorchè il marito la fa mancare del bisognevole, ricadono sulla comunione. Il mantenimento dei coniugi è una delle principali obbligazioni della comunione.

952. In terzo luogo, e questo è un corollario di quanto nel numero precedente si è detto, la moglie che agisce in giudizio per la separazione di persona, ha dritto di ottenere contro il marito una provvisione alimentaria, ed anche una somma provvisionale per le spese della lite. In effetto, come potrebbe vivere la moglie, come farsi rendere ragione, se la comunione la quale le deve il vitto, il mantenimento, un alloggio degno di lei, non venisse in di lei aiuto allorchè è in lotta col marito? Solamente se la moglie perdesse la lite, la comunione avrebbe diritto di esser compensata, poichè la moglie si sarà posta allora, per fatto proprio, e per una volontà riprovevole in lizza col marito. Quest'ultimo non dee soggiacere alle spese di una guerra ingiusta.

Da ciò siegue che se la moglie non ha dimandato pendente la lite somma provvisionale, e succombe in giudizio, il patrocinatore che ha per lei anticipate le spese, non ha azione contro la comunione. L'art. 1426 (1397) riprende qui tutto l'impero. Poichè la lite perdè bisogna dire che era ingiusta, essendo ingiusta, non era necessaria, non essendo necessaria, non deve pesare sul marito, e la comunione non è tenuta alle stravaganze della moglie. La comunione non è maggiormente obbligata verso la moglie di quanto lo sarebbe nel caso che una sposa capricciosa pensasse abbandonare la casa coniugale per vivere separatamente.

953. In quarto luogo, la moglie mercantessa pubblica, non ha bisogno d'un consenso speciale, dato dal marito ad ognuno dei di lei atti, perchè tali atti obblighino la comunione. Di questo speciale consenso intende parlare l'art. 1426 (1397) quando dice, che gli atti fatti dalla moglie senza il consenso del marito, non obbli-

gano la comunione, se non quando contratta come mercantessa pubblica e per fatto del suo commercio. Del rimanente, siccome è certo che la moglie non può esercitare pubblicamente la mercatura, senza il consenso del marito, ne siegue che questo caso, non rientra nella classe di quelli, in cui noi abbiamo vedoto or ora la comunione obbligata senza consenso del marito sia espresso, o tacito. Qui havvi un consenso superiore, e permanente, che imprimendo sulla moglie la qualità di mercantessa pubblica, non l'abbandona giammai negli atti del suo commercio. Così, due cose sono costanti: la moglie autorizzata dal marito a darsi al commercio e *sui iuris*; e non solo è capace ad obbligarsi sola, ma obbliga ancora la comunione. In fatti il marito non l'ha autorizzata a commerciare, se non in vista dei vantaggi che ne ricaverebbe la comunione. Poichè la comunione profitta dei guadagni del negozio, giustizia esige che ne paghi le obbligazioni; di là è invalso il proverbio giuridico: *il tavoliere della moglie obbliga il marito*.

954. Ma ciò non ha luogo se non quando l'obbligazione contratta dalla moglie è relativa al di lei commercio. Dapoichè all'infuori del suo commercio, la moglie rientra nel dritto comune. Il consenso del marito non ha relazione che ai fatti della mercatanzia; non vale dagli atti che le sono estranei. Così è che un fattore, non obbliga il suo committente se non in ciò che dipende dalla sua commissione. *Non omne quod cum institutore geritur obligat eum qui praeposuit: sed ita si eius rei gratia cui praepositum fuerit contractum est, id est ad quod eum praeposuit.* Il consenso del marito non dee essere esteso fuori dei suoi limiti; essendo, come lo chiama d'Argentrè, un consenso limitato.

955. Del rimanente, presumonsi commerciali, tutti gli atti che da se stessi non repugnano a tale qualificazione. Una moglie mercantessa soscrive de' biglietti, tali biglietti sono reputati fatti per il suo commercio, ed obbligano la moglie e la comunione. E se contrae de'prestiti, se ipoteca gl'immobili, o li aliena, bisogna supporre che ha voluto procurarsi de'fondi per fare camminare il suo commercio, e che in veduta di qualche speculazione o di combinazioni commerciali, ha usata la facoltà accordata dall'art. 7 del codice di commercio alla moglie mercantessa nell'interesse del negozio. Il terzo latore dell'obbligazione della moglie mercantessa non ha cosa da provare in simil caso; la presunzione è in di lei favore. Resta al marito a provare che l'obbligazione della moglie non era relativa al di lei commercio, e che il terzo che ha trattato con lei ne era informato.

956. Sonvi del resto de'casi, in cui l'atto porta in se stesso la pruova che egli è estraneo alla comunione, ed allora niuna se ne richiede dal marito, poichè sorgono da'fatti stessi della causa. Supponete che una moglie mercantessa publica, compri diamanti, o abbigliamenti dispendiosi per la di lei toletta, e che non facci per

nulla commercio di gioielli: è chiaro che colui che avrà venduto tali oggetti, non ha supposto per nulla che tali compre fossero relative al commercio della moglie: bisognerà dunque a questo riguardo rientrare nelle regole ordinarie.

957. Ma nei casi dubbiosi, la presunzione, noi lo ripetiamo, sarà favorevole a'terzi; il marito non potrà distruggerla, se non provando, non solo che l'atto non avea vedute commerciali, ma che i terzi non hanno potuto credere che vi avea alcuna relazione. Bisogna seguir la buona fede, ed avere riguardo al credito. Un creditore che ha affari con un mercante, non è obbligato a sapere se il contratto è estraneo al fatto della mercatanzia. Egli accorda fiducia al mercadante, e questi dee onorare tal confidenza. Non è altrimenti, se non nel caso in cui il terzo, ha inteso che non trattavasi di dipendenza di mercatanzia.

958. Quando la moglie si è obbligata pel fatto del suo speciale commercio, i terzi possono direttamente agire contro la comunione; eglino possono ancha convenire il marito personalmente, avvegnachè costui è obbligato pure come la moglie. Ma non hanno contro di lui l'arresto personale.

ARTICOLO 1427 (1398)

La moglie non può senza essere autorizzata giudizialmente, obbligar se stessa nei beni della comunione, neanche per liberare il marito dalla prigione, o per lo stabilimento dei figli in caso di assenza del marito.

COMMENTARIO

959. Abbiamo sviluppato di sopra le ragioni che mettono la moglie nella impossibilità di obbligarsi e di obbligar la comunione senza il consenso del marito; abbiamo veduto nel commentario dell'articolo precedente l'inefficacia delle obbligazioni contratte dalla moglie in mancanza di tale autorizzazione. L'art. 1427 (1398) consacra di nuovo questa regola; ed insiste maggiormente sulla incapacità relativa della moglie. Non vuole che, nemmeno quando il marito, è assente, anche quando si trova in carcere, ella potesse obbligarsi sola ed obbligare le cose della comunione. Per quanto pietoso si fosse il motivo che induce la moglie a contrarre obbligazioni, fosse nell'interesse de' figli, fosse nell'interesse del marito, la di lei incapacità la supera. In mancanza del marito fa d'uopo che sia autorizzata dal giudice.

Tale è il sommario dell'art. 1427 (1398). Seguiamone l'esame nei due casi specialmente previsti da lui.

960. E primieramente occupiamoci del caso in cui si tratta di dotare i figli quando il marito è assente.

L'assenza del marito non potrebbe privare i figli di uno stabilimento, il dovere della madre è in simili congiunture di occuparsene con sollecitudine. Frattanto l'allontanamento del marito non rende la moglie *sui iuris*, non l'investe del dritto di disporre della comunione. Non è se non quando l'assenza si trova dichiarata con sentenza, che la moglie prende, se lo vuole, le redini dell'amministrazione, ed ancora tale amministrazione, che la legge le accorda per non strapparla dalla dimora coniugale, e dalle dolci abitudini domestiche non le conferisce che i dritti di un amministratore ordinario, e non dritti di disposizioni uguali a' dritti del marito. Ma sin che il marito non è che presunto assente, la moglie non ha con più forte ragione, nessun dritto inerente alla sua qualità di sposa per rimpiazzarla negli atti di disposizione che obbligano la comunione. È di mestieri dunque che sia autorizzata dal giudice ed il nostro articolo pruova che, anche con l'adempimento del più sacro de'doveri, anche per provvedere allo stabilimento dei figli comuni, questa autorizzazione del giudice è necessaria. È necessaria, sia che l'assenza non sia se non presunta, sia che l'assenza non fosse che dichiarata la moglie abbia scelta la comunione: senza facoltà di alienare in questi due casi, la moglie dev'essere rimessa della sua incapacità dall'autorizzazione del giudice.

961. Ma quando questa autorizzazione è accordata, essa ha maggiore estensione dell'autorizzazione accordata dal giudice per supplire al rifiuto del marito. Allorchè il marito è presente e che non consente ad autorizzare la moglie, l'atto di costei non resgiace sulla comunione, non obbliga se non la nuda proprietà della sposa contraente. Noi ne abbiamo dato le ragioni perentorie; si traggono dall'essersi il marito astenuto, della sua volontà di non concorrere all' atto della moglie, e di non incorrerne la responsabilità. Qui va diversamente la cosa: il marito che ricusa è assente, il giudice interviene non solo per autorizzare la moglie, ma ancora per porla invece del marito e concederle le facoltà relative all'atto autorizzato.

L'obbligazione della moglie obbliga dunque la comunione: tale è la decisione del nostro articolo.

962. Lo stabilimento dei figli s' intende nel nostro articolo con il senso largo dell'art. 1422 (T).

963. Notate del rimanente, che il nostro articolo non si occupa che del caso in cui il marito è assente: che se è presente ma interdetto, l'art. 511 (434) del codice civile, dà per il matrimonio de' figli, talune regole particolari alle quali noi rimandiamo. Si può consultare ancora all'art. 222 (211).

964. Andiamo adesso all' altra ipotesi prevista dal nostro articolo.

Ed è quella in cui si tratta di liberare il marito dal carcere. L'art. 1427 (1398), vuole ancora, in questo caso, che la moglie non possa procedere senza autorizzazione.

Sembra frattanto che quando vi è un bisogno pressantissimo da parte del marito, la moglie può obbligare la comunione senza autorizzazione. Quando per esempio, si tratta di liberare il marito del carcere non vi è un'autorizzazione implicita? E d'altronde vi è bisogno di autorizzazione per adempiere un pietoso dovere. L'autorizzazione maritale, che serve ordinariamente al marito, d'evessere qui un impaccio a' di lui particolari interessi.

Queste ragioni sono speciose e per nostro antico dritto erano sembrate sufficienti per dispensare la moglie dall'autorizzazione.

Il codice civile ne ha disposto altrimenti, vuole che la moglie riceva l'autorizzazione maritale, o in mancanza d'autorizzazione del marito, l'autorizzazione del giudice. Un marito, quantunque detenuto per debiti, può autorizzare la moglie. La moglie non deve sdegnare la di lui autorità pel solo motivo che si trova disgraziato ed in uno stato di umiliazione. La comunione, priva del suo capo può essere vittima di manovre fraudolenti; fa d'uopo dell'intervento del giudice per tutelarla. Sinchè la comunione non è sciolta, il marito ne è il capo, ei non è destituito.

965. Si dirà forse che il marito non può essere giudice nella sua propria causa, e che è più regolare di domandare al giudice l'autorizzazione che il nostro articolo ha di mira. Sembra ancora che il nostro articolo suppone che è il giudice che dà l'autorizzazione anzi che il marito, il quale è mediocremente in istato di agire e di autorizzare la moglie.

Tuttavia la giurisprudenza non ha accordato all'art. **1427** (**1398**) tale significato. Essa considera il marito come capace di autorizzare il primo ordine, e non è se non sul di lui rifiuto che considera l'intervento del giudice come necessario. S'interpetra così l'art. 1427 (1398) con gli articoli **217, 218,** 219 e **222** (206, 207, 208 e 211). Non si ammette un dritto a parte in cui la moglie ha bisogno di farsi abilitare per liberare il marito dal carcere.

966. Se dunque il marito data la sua autorizzazione, quantunque emani da un individuo posto tra due sportelli e sotto il peso dell'arresto personale, basta per obbligare la moglie e la comunione. Si sono frattanto vedute alcune mogli farsi un pretesto di tale circostanza per non osservare le di loro obbligazioni, e pretendere che non sarebbero state buone se non tanto che la giustizia le avesse autorizzate, mostrandosi ingrati verso i loro mutuanti, obliando il servizio che si era loro reso ed ingannando *sotto l'ombra di una sottigliezza di dritto.* Ma gli arresti le hanno respinte, e questa giurisprudenza fissa il senso dell'articolo **1427** (**1398**).

967. Adesso, quale sarà la estensione dell'autorizzazione data dal giudice? Sarà racchiusa ne'limiti ordinari segnati dagli articoli **1413** e **1426** (T. e 1397), o piuttosto si applicherà qui l'estensione di cui abbiamo parlato al numero 961. Quest'ultimo partito è il vero. La misura è tutta nell'interesse del marito. La moglie, fa

per salvarlo, ciò che farebbe egli stesso. La comunione è dunque obbligata con l'atto della moglie.

968. Ma osserviamolo: non è se non quando il marito è in carcere, e che la pietà della moglie vuole liberarnelo, suo malgrado, e che l'autorizzazione del giudice dà la comunione per pegno delle obbligazioni della sposa. Che se il marito non è carcerato, e se la moglie vuol prevenire soltanto la carcerazione, noi pensiamo che il rifiuto del marito ad autorizzarla debba esser preso in considerazione, e che l'autorizzazione del giudice non è sufficiente perchè i creditori possano agire sulla comunione. Il marito, col suo silenzio, ha posto la comunione fuori causa, e si rimane ne'termini del dritto comune, tale qual'è definito dall' art. 1426 (1397). Il marito non è libero? non può egli stesso obbligare i beni della comunione, se lo giudica conveniente? Deve la moglie pretendere di essere più savia di lui e disordinare l'economia domestica con le sue vane apprensioni? Certo che la moglie è padrona di adire il giudice sul rifiuto del marito, e di ottenere l'autorizzazione di obbligare i suoi propri, ma non può contro il genio del marito, obbligare la comunione, di cui quest'ultimo è padrone esclusivo. Senza di che una moglie potrebbe lasciarsi trascinare dai timori esagerati; i creditori potrebbero intimorirla minacciandola di far mettere in carcere il marito. Ed ella trascinata da un zelo sconsigliato sorprenderebbe al giudice una autorizzazione che scompiglierebbe le regole più essenziali del governo della comunione. Non potrebbe essere altrimenti. I creditori che hanno trattato con la moglie hanno dovuto sapere che non aveano che a lei per obbligata, che la di lei obbligazione non colpiva la comunione, e che l'articolo 1426 (1397) era soltanto, la legge della materia.

969. Si dimanda, se essendo il marito in carcere e potendo fare la cessione de'beni, la moglie può ottenere dal giudice l'autorizzazione ed obbligare la sua persona, i suoi beni ed i beni della comunione per procurargli la sua libertà: non abbiam dubbio di sorta per l'affermativa. L'art. 1427 (1398) non fa distinzione; non se ne deve fare in conseguenza in un senso pregiudizievole pel marito. Per antico dritto ancora l'autorizzazione data alla moglie nelle circostanze alle quali facciamo allusione facea reagire le di lei obbligazioni sulla comunione. Si sa che giusta le idee che vi erano dominanti, non era necessaria nessuna autorizzazione alla moglie per obbligarsi nel pietoso scopo di liberare il marito dal carcere; ma si esigeva l' autorizzazione del giudice, quando il marito aveva la possibilità di uscire dal carcere facendo la cessione de' beni, e la moglie in siffatto modo autorizzata poteva obbligare la comunione. Il codice non ha ammesso che la moglie potesse obbligarsi in nessun caso senza autorizzazione, anche per rendere la libertà al marito; in ciò ha derogato all' antico dritto. Ma se ne ravvicina nel nostro caso in cui l'antico dritto

rendeva l'autorizzazione necessaria e le dava forza coattiva sulla comunione. Non ricerca più come l'antico dritto che la facoltà rigorosa di fare la cessione de'beni sia una obiezione contro le pie risoluzioni della moglie. Non sarebbe, difatti, ingiusto ed inumano che il capo della famiglia rimanesse in prigione malgrado il buon volere della moglie, e che non potesse uscirne senza la via ignominiosa della cessione de' beni?

970. Il nostro articolo si è racchiuso fra due ipotesi: obbligazioni della moglie autorizzata dal giudice per collocare i figli in caso di assenza del marito, obbligazioni della moglie autorizzata dal giudice per liberare il marito dal carcere.

Ma questi due casi non sono limitativamente specificati, quantunque non si trattasse di liberare il marito dal carcere, quantunque non si trattasse di provvedere allo stabilimento dei figli, si possono frattanto presentare certe ipotesi, rare in verità, ma urgenti, ne'quali la moglie può, in caso di assenza del marito, ottenere dal giudice l'autorizzazione di vendere un immobile della comunione.

Così, se il giudice accorda l'autorizzazione di vendere affin di evitare le spese di una espropriazione di cui un immobile della comunione è colpito, la vendita è valida. Fa d'uopo conciliare l'art. 1427 (1398) con l'art. 222 (211) del codice civile, e questa combinazione prova che l'art. 1427 (1398) non è limitativo. Se il marito è interdetto o assente, dice l'art. 222 (211), il giudice può, con conoscenza di causa, autorizzare la moglie sia per stare in giudizio, sia per contrattare. Non si dice obbliare nemmeno l'art. 112 (118) del codice civile, il quale chiama i tribunali a statuire sulle misura di amministrazione da prendere relativamente a'beni d'una persona assente.

Ciò non vuol dire che la moglie ha il dritto di censurare gli atti del marito e di sostituirglisi allorchè è presente; noi supponghiamo che la comunione coniugale manchi del suo capo, e che si tratta di provvedere con prontezza a talune misure gravi e pressanti.

971. Ecco un'altro caso che quantunque non previsto dall'art. 1427 (1398) deve necessariamente essere risoluto con le idee che hanno preseduto alla sua redazione.

Una moglie è in carcere ed il marito si rifiuta a farla sortire; essa può ottenere l'autorizzazione del giudice per obbligarsi, a le obbligazioni che contrae per ottenere la sua libertà obbligheranno la comunione. Quale empietà non vi sarebbe, difatti, se il marito lasciasse così la moglie senza soccorso ed in abbandono.

972. In tutti i casi che noi abbiamo enumerato, la moglie si è mostrata munita dell'autorizzazione del giudice in mancanza dell'autorizzazione del marito.

Ma ve ne ha degli altri ne' quali i debiti e le obbligazioni della moglie obbligano la comunione, anche allorquando non ha auto-

rizzazione di sorta. Ciò ci pone al di fuori del punto di vista preciso dall'art. 1427 (1378); ma la forza delle cose obbliga la interpetrazione a guadagnarne il limite ed a spingersi sino al punto radicale in cui nessuna autorizzazione cuopre l'atto della moglie.

Supponghiamo dunque che la moglie abbia fatto spese non autorizzate, ma che sieno tornate in vantaggio della comunione, la comunione vi è tenuta; questo è quanto abbiamo di già veduto e quel che ci limitiamo qui a rammentare per lo schiarimento della nostra proposizione.

Supponghiamo un'altra cosa.

Un marito ricusa di ricevere la moglie, e costei per vivere è obbligata a torre in prestito o fare delle spese che non sorpassano il limite de' bisogni: il marito è tenuto a rimborsare il tutto. Il di lei rifiuto di ricevere la moglie o di provvedere a'di lei bisogni l'obbliga a pagare quello che la moglie ha speso per provvedervi da se stessa. Direbbe vanamente che la moglie non è stata autorizzata per fare delle spese di cui la comunione è strettamente tenuta: questo è quanto ancora abbiamo veduto al num. 951, e ciò che risulta dalla forza delle cose e dalla situazione violenta ed eccezionale in cui l'ingiustizia, la durezza e l'umanità del marito hanno posto la moglie.

ARTICOLO 1428 (1399)

Il marito ha l' amministrazione di tutti i beni particolari della moglie.

Può esercitare egli solo tutte le azioni su i beni mobili, e le azioni possessorie che appartengono alla moglie.

Non può alienare gl' immobili particolari della moglie senza il di lei consenso.

È tenuto per qualunque danno avvenga ai beni particolari della moglie per mancanza di atti di conservazione.

COMMENTARIO

973. Venghiamo di vedere quel che concerne l' amministrazione della comunione. Per rendere completa la sua teoria, il legislatore si occupa nell'art. 1428 (1399) dell' amministrazione dei beni personali della moglie, i quali danno loro i frutti alla comunione.

Uno degli effetti più rimarchevoli del regime della comunione, si è quello di rendere il marito amministratore de'beni personali della moglie. Siccome i frutti de' propri appartengono alla comunione, di cui il marito è capo, ne siegue che egli è il direttore più adattato per reggere ed amministrare i beni che li producono.

Si sa che nella società degli acquisti, il godimento dei beni immobili propri e personali entra nella stessa società che è gravata delle spese di raccolta e di percezione. Or, nella società coniugale che ha per capo il marito, il godimento conferito alla società ha per conseguenza d'innalzare il marito ad amministratore gravato di utilizzare tal godimento e di farlo volgere in vantaggio comune.

974. I principî regolatori delle società ordinarie sembrano dunque bastare, in rigore, per ispiegare il dritto di cui il marito è investito sopra i beni personali della moglie. Se frattanto vogliono formarsi delle idee vere sulla materia, fa d'uopo spingersi più lontano, e vedere nel dritto di amministrazione del marito, non un effetto della comunione ma una delle conseguenze dell'autorità maritale, la quale accorda al marito un dritto di *contratto (bail), di custodia, di governo* sopra i beni della moglie. Ne gode più come marito che come socio; ne gode per una attribuzione accordata all'autorità maritale sul modello dell' usufrutto paterno accordato alla patria potestà; ne gode come tutore e *bailliste*. E difatti, la società coniugale non è del tutto simile alla società di dritto comune, e l'idea di autorità viene sempre ad unirsi al pensiero di associazione. Quantunque l'autorità maritale, che traripava un tempo e che, dopo avere oppresso la persona della moglie, veniva a pagare su i di lei beni, sia oggi rientrata fra i limiti più stretti, non ne ha meno sopra i beni della moglie un dritto proprio di cui è necessario di tener conto per dare ragione dall'art. 1428 (1399): ed è questa ragione, tratta dalle profondità stesse del nostro antico dritto, e non dalle apparenze superficiali di una società ordinaria, che dice perchè, nel regime di esclusione della comunione, il godimento de'beni personali della moglie si appartiene al marito *iure mariti*. Non è provato con ciò che il dritto dell' art. 1428 (1399) deriva meno dalla comunione che dall'autorità maritale?

975. Osserviamo del rimanente che nel sistema che rannoda il godimento de'propri dell'autorità maritale non ci è bisogno di dire che il marito ne riceve i frutti a titolo di proprietario, checchè ne abbia detto Loysean, il quale, su tale materia, ha un poco forzato i limiti legittimi del vero. Il regime della comunione non fa del marito un proprietario de'beni personali della moglie, come il dritto romano faceva il marito proprietario della dote. Ma noi diciamo che poichè il marito, sin ch'è marito, e indipendentemente da ogni idea di associazione, prende cura dell'amministrazione dei beni della sposa, è giusto che ne raccolga i frutti a titolo di ricompensa. Se è marito in comunione, sarà non come comune, ma come marito che il godimento de'propri gli sarà dato; se non è maritato in comunione, sarà ancora con più di ragione come marito, sarà *iure mariti*, che avrà tale amministrazione.

976. Vedete difatti come questo dritto del marito si mostra ad ogni istante nell' associazione coniugale. Nelle società ordinarie il socio proprietario può alienare e vendere il suo bene personale,

purchè l'alienazione non sia un abuso; nella società coniugale, ne è altrimenti: la moglie non può vendere i suoi beni personali, se non con l'autorizzazione del marito, ed in conseguenza questo ultimo ha il mezzo di opporsi in ciò che la moglie diminuisca l'emolumento della comunione.

977. Tali sono dunque le ragioni sulle quali è fondato il dritto di amministrazione del marito. Occupiamoci adesso di tale amministrazione.

Essa abbraccia tutti i beni mobili ed immobili della moglie, tuttociò che le è proprio per natura e per convenzione. L'autorità maritale si estende a tutto lo avere della moglie.

978. Eccettuiamo frattanto le cose delle quali il contratto di matrimonio le ha riservato l'amministrazione. Abbiamo esaminato di sopra l'estensione e la legittimità di simile clausola; è inutile adesso di ritornarvi.

Si eccettueranno ancora le cose che, durante il matrimonio, sono state date alla moglie sotto condizione che sarebbero amministrate da lei e non dal marito.

979. Aggiungismo ancora un'altra eccezione. Quando la moglie è pubblica mercantessa, il di lei commercio riposa sul suo capo; l'amministrazione non ne appartiene al marito; è dessa che l'amministra, che ne è responsabile, che ne è l'anima e la vita. L'articolo 1428 (1399) non si applica dunque a questo caso.

E come la professione di artista drammatica rientra nella classe delle professioni commerciali, un'attrice ha il dritto di amministrare i di lei salari, in proporzione del necessario per l'esercizio della sua arte.

980. Estendendo queste idee ad un altro caso, si scorge che il marito non ha l'amministrazione di una posta da cavalli di cui il brevetto appartiene alla moglie. Senza dubbio, i profitti ne appartengono alla comunione; la moglie ne è obbligata. Ma l'amministrazione volge esclusivamente sul di lei capo, come quella di un commercio speciale che eserciterebbe a titolo di pubblica mercessa.

981. L'amministrazione maritale deve essere riguardata nei suoi differenti rami, e particolarmente in ciò che ha relazione con gli atti di alienazione, ai fitti, alle azioni giudiziarie, all e colpe del marito amministratore. Gli affitti formano l'oggetto degli art. 1429 e 1430 (1400 e 1401). Noi ci occuperemo nel commentario all'art. 1428 (1399), degli altri punti, parliamo primieramente delle alienazioni.

982. Entrando in questa parte del nostro soggetto, troviamo una riflessione che la domina; eccola:

L'amministrazione del marito sia che volge sopra i beni personali della moglie, non è simile all'amministrazione del marito che agisce sopra i beni la di cui proprietà è entrata nella comunione. Il legislatore ha bel servirsi nell'art. 1421 (1396) e nell'art. 1428

(1399), dell parola *amministrare*, per qualificare le due situazioni, queste situazioni non sono oguali. Il marito come capo della comunione, è signore e padrone: personifica in se la comunione, può alienarne i beni. Ma come amministratore dei beni personali della moglie, ha un potere più ristretto: è simile ad un usufruttuario, che è tenuto di conservare la proprietà. Vanamente s'invocherebbe il suo dritto come capo della comunione nella quale entrano i frutti dei propri sottoposti alla di lui amministrazione. Non avendo la società coniugale nessun dritto alla nuda proprietà dei beni personali dei coniugi, la comunione chiamata a goderne non dava usarne che *salva substantia*: donde ne siegue che il marito, precisamente perchè è il capo della comunione, deve rispettare il dritto di proprietà riservato alla moglie.

Non può dunque alienare solo gli immobili propri della sposa; non può alienarli che col consenso di quest'ultima. In quanto al mobiliare della moglie (intendo il mobiliare che è proprio), noi tratteremo nel nostro commentario all'art. 1500 (T) di ciò che ha relaziona con la disposizione di questa parte dell'avere della moglie.

È inutile del rimanente, di richiamare a parte certe eccezioni che conservano al mobiliare la qualità di proprio; tale natura di cose à di dritto comune nella comunione, ed appartiene in conseguenza alla libera disposiziona del marito.

983. Abbiamo detto che il marito può alienare i beni propri della moglie con il consenso di lei, da ciò si manifesta una prerogativa rimarchevolissima della moglie in comunione; ed è che ella può con l'autorizzazione del marito, alienare i suoi beni personali, è che il di lei bene non è colpito dall'immobilità che il regime dotale fa pesare sulla dote della moglie. Quel che faceva dire a d'Argentrè *Jure nostro mulier sine distinctione, auctore viro, bona sua alienat, distrahit, donat, dominium transfert, facit idem vir muliere consentiente, quorum neutrum lege Julia liceret.*

984. La parola *alienare*, di cui si serve l'art. 1428 (1399), è senza limiti, abbraccia tutti gli atti qualunque coi quali un proprietario si distacca più o meno dalla sua cosa. La moglie può col consenso del marito, vendere, ipotecare. Non si fa, nel nostro dritto, la distinzione che faceva il dritto romano tra l'ipoteca e le altre specie di alienazione. « *Sed mutatis* dice d'Argentrè *principiis iuris, cum iure patrio de consensu mulieris maritus possit alienare, poterit eodem consensu pignorare* ». La moglie può ancora gravare i suoi immobili di servitù ed altri pesi, col consenso del marito, ed il marito può farlo ugualmente col consenso della moglie.

985. Noi vedremo all'art. 1432 (1403) quale misura di garenzia si estende sino al marito, in ragione degli atti di alienazione nei

quali assiste la moglie con la sua autorizzazione e col suo consenso: rinviamo al commentario di quest' articolo.

986. Che se il marito venda il bene personale della moglie senza il di lei consenso, ei dispone della cosa altrui. Un' azione compete alla moglie per essere indennizzata, nella divisione della comunione, dell' abuso di potere commesso in di lei pregiudizio dal marito; e per arrivare a questo scopo ella può dimandare il prezzo della vendita, se le è vantaggioso, o il prezzo della stima inscritta nel di lei contratto di matrimonio, ciò che mette a carico del marito o dei di lui eredi, in forma di danni ed interessi, la differenza tra il prezzo della vendita ed il prezzo della stima.

987. Ma la moglie avrà un'azione per rivendica contro i terzi compratori del di lei immobile? Abbiamo trattato questo punto nei n. 730, 731 e 732, e si è visto che la moglie che accetta la comunione, e che con ciò ratifica da sua parte l' atto del marito, non ha azione per la metà giusta la regola: *Quem de evictione*, etc. etc.

988. Ma è una quistione il sapere se tale azione così limitata della moglie contro il terzo acquirente si apre durante il matrimonio, o se la moglie deve aspettare lo scioglimento della comunione per esercitarle.

D'Argentrè tocca questo punto e decide che la moglie può esercitare la sua azione, *constante matrimonio*, facendosi autorizzare dal giudice; ma quantunque adottata da Lebrun, tale opinione era respinta da Coquille, da Valin e da Ferriéres. La ragione data da questi autori si è che la moglie è senza interesse, perchè i frutti appartengono alla comunione e non a lei; si reputa che il marito abbia venduto il dritto che vi ha, ed essa non può censurare l'alienazione che piace al marito di farne. E poi, la moglie può intentare durante il matrimonio le azioni che ricadono sul marito, che lo rendono passivo de' danni ed interessi, e che turbano la pace domestica? Come sarebbe possibile che una moglie non separata agisse contra il marito, litigasse contro di lui, lo pubblicasse come un usurpatore? Ove sarebbe il rispetto per l'autorità maritale? « La moglie, » dice Coquille, « offenderebbe l'amicizia e l'onore che deve al marito... La legge biasima la mogli che preferiscono il loro interesse all'amicizia maritale ». (L. *reprehendenda*, C., *de instit. et substit. sub cond. factis*). Infine, perchè la moglie non aspetterebbe lo scioglimento del matrimonio? Non corre prescrizione alcuna contro di lei, ed allorchè finisce la comunione, essa ha la pienezza delle sue azioni tanto contro gli eredi del marito che contro gli acquirenti. Questa opinione, la sola giuridica, è quella degli autori moderni.

989. Del rimanente, per evitare tutte queste quistioni, il marito avrà cura di non far pesare sopra se solo la responsabilità della vendita del bene proprio della moglie. È della più alta importanza per lui che la moglie intervenga all'alienazione del suo bene per-

sonale; senza di che il marito o i di lui rappresentanti sono assai esposti.

990. Poichè il marito non può vendere senza il consenso della moglie i di lei propri, ne siegue che non può rinunziare, senza la moglie, ad una successione immobiliare aperta in di lei favore; sarebbe lo stesso che privarla di una cosa sovente vantaggiosissima per lei. Ma, checchè ne dica Lebrun, può rinunsiare ad una successione mobiliare aperta in favore della moglie senza di lei. L'art. 1428 (1399) non lascia alcun dubbio su tale verità.

991. Essendo il marito nell'impotenza di alienare i beni personali della moglie, non potrebbe, senza il di lei consenso, concedere l'apertura di una cava di pietre o di miniera nel bene proprio di lei. Una tale concessione è un'alienazione del fondo.

992. Quand' anche l' alienazione del bene personale della moglie si opererebbe con la licitazione, sarebbe d' uopo che la moglie vi fosse parte necessaria; il suo bene non potrebbe vendersi senza di lei.

N'è altrimenti quando la vendita del bene personale della moglie è forzata. Altre volte quando si assegnavano per via di decreto i beni della moglie, bisognava comprenderla nella procedura del decreto, sotto pena di nullità: questo è il risultato naturale ed inevitabile del principio stabilito dal nostro articolo. Questo principio oggi produce la stessa conseguenza. La espropriazione deve farsi contro il vero e solo proprietario, e non contro di colui che non ha che l'usufrutto ed il possesso. Ma ciò si rannoda a quanto abbiamo da dire sullo esercizio delle azioni relative ai beni personali della moglie; noi ce ne occuperemo fra poco.

993. Prima di arrivarvi abbiamo ancora alcune osservazioni da fare.

Così bisogna sapere che, quantunque il marito non abbia il dritto di vendere gl'immobili propri della moglie, frattanto appartiene a lui di riceversi il prezzo che proviene dalle vendite fatte legittimamente da lei con la sua autorizzazione; ciò forma parte del suo dritto di amministrazione. I debitori della moglie si liberano validamente pagando nelle sue mani; non possono per altro pagare che a lui. Il prezzo deve necessariamente passare per l'intermedio della comunione, che ne resta depositaria, e lo rende all' epoca dello scioglimento alla moglie.

994. Tra gli atti interdetti al marito senza il concorso della moglie, noi abbiamo ancora da rimarcare la transazione su i beni personali della moglie, l'abbandono per cause d'ipoteca dell'immobile appartenente a costei, l'accettazione di una successione aperta in favore della moglie, accettazione che gravando la moglie di debiti onerosi, condurrebbe all'alienazione indiretta de' di lei beni personali.

995. Sopra quest'ultimo punto cade in acconcio di riferire la spe-

cie ed i mezzi di uo arresto rapportato da Louet, e che è magistrale di questa materia.

Durante il matrimonio della signora di Martinville, la successione della signora Polard di lei madre, venne ad aprirsi; il marito l'accettò senza il di lei consenso. I creditori della successione credettero allora di poter agire contro la signora Martinville personalmente, nella sua qualità di erede. Vanamente si opponeva da lei che il marito non aveva avuto il suo consenso per accettare l'eredità; i creditori rispondevano: Voi avete veduto vostro marito godere di una successione che vi era spettata, voi non avete manifestato una volontà contraria; invece di ciò, voi avete goduto di accordo con lui, voi avete partecipato al consumo dei frutti. L'uso è che godendo il marito di tutte le rendite della moglie prende senza solennità i beni che cadono nella successione, senza che i creditori sarebbero ingannati. In tutti i casi, del resto, il marito, ci dovrebbe i danni ed interessi: ei si è ingerito nella successione *ut falsus procurator* e si è posto nel caso di essere disapprovato.

La sposa rispondeva al contrario: Io non ho fatto nessun atto personale di accettazione. Mio marito non può obbligarmi senza il mio consenso, nè accettare senza di me una successione. Come non può alienare i miei beni personali, nè direttamente nè indirettamente, senza il mio espresso consenso: così non può accettare una successione per me, nè obbligarmi riguardo a'creditori di questa successione, perchè con ciò si tendera all'alienazione de'miei propri. E quale sarebbe dunque la condizione della moglie maritata sotto la regola della comunione, se il marito potesse farle perdere i di lei propri senza il suo consenso? Il marito deve contentarsi di essere il padrone della comunione. Come volete d'altronde che una moglie contraddica la volontà del marito, il quale, ha ogni autorità sopra di lei ed a cui ella deve ubbidienza? Come solete ch'ella sappia l'origine delle cose che si confondono nella comunione, mentre non l'amministra?

Il marito contro di cui erano richiesti, i danni ed interessi diceva: Io ho condotto il tutto *bona fide*. Ho raccolta la successione perchè come marito ho il godimento dei beni di mia moglie e la proprietà dei mobili; del rimanente io mi offro a consegnare tutto quello che ho ricevuto.

Con arresto del 21 febbraro 1595, il parlamento di Parigi decise che la moglie era rilevata da tuttocciò che il marito aveva fatto in di lei nome circa l'adizione di eredità della madre sua, salvo al marito a rendere tutto quello chè ne aveva ricevuto.

Tale arresto è approvato da Louet, da Lebrun, da Ferrières e da tutti gli autori. L'adizione è nulla: le ragioni addotte dalla moglie per difendersi contro i creditori sono perentorie: i creditori devono rimproverarsi di non avere ricercato il concorso della moglie per l'accettazione.

996. Nullsdimeno Louet osserva che in simile caso le circostanze hanno molta influenza. La moglie può approvare ciò che il marito ha fatto per esempio se i coniugi sono andati ad abitare in una casa dipendente dalla successione aperta in favor della moglie, se la moglie ha preso per suo uso de' mobili che sapeva appartenere alla successione. *Bonus, iudex variae eae causis iudicabit.*

997. Pertanto, se la successione è puramente mobiliare, il marito è *quodam modo haeres*, perchè i mobili cadono in comunione. Ei può dunque accettare senza la moglie, e ciò, dice Ferriéres, non soffre veruna difficoltà.

998. Il marito è incapace però di dividere coi coeredi della moglie gli immobili di lei personali. Tale era l' antica giurisprudenza; l'art. 808 (737) del codice civile la riproduce e la consacra: soltanto il marito, come avente dritto all' usufrutto de' beni, può fare una divisione provvisionale. In quanto alla divisione diffinitiva, dessa è interdetta al marito; essa contiene alienazione e traslazione di proprietà.

999. Il marito non può nemmeno gravare la proprietà della moglie con servitù; non può diminuirla con vendita di superficie che ne alterano il fondo.

1000. Arriviamo adesso alle azioni che toccano gl'interessi della moglie.

Le azioni mobiliari e possessorie della moglie sono state in ogni tempo delle attribuzioni del marito. La consuetudine di Parigi diceva: « Il marito è signore delle azioni mobiliari possessorie stabilite che procedono da parte della moglie; ed il marito può agire solo e dedurne i detti dritti ed azioni mobiliari e possessorie che appartengono alla moglie ».

È siffatto dritto del marito che consacra l'art. 1428 (1399); ne abbiamo veduto un esempio al n. 993.

1001. Osserveremo tuttavia con Dumoulin che la moglie potrebbe intervenire se vi avesse interesse: *Potest tamen uxor intervenire, etiam invito marito auctorata a iudice in propriis suis, ne colludatur.*

1002. La ragione per cui il marito può intentare le azioni possessorie, si è, che elle riguardano il godimento che gli appartiene. La ragione per cui può intentare le azioni mobiliari, si è perchè appartengono alla comunione di cui è il capo.

L' art. 1428 (1399) è ancora sì generale che accorda al marito la disposizione de'mobili stipolati personali della moglie, e l'esercizio di tutte le azioni ad essi relative. Questo è quello ancora che aveva luogo per antico dritto: « se nel contratto di matrimonio non vi è che la sola esclusione della comunione, e che il marito abbia l'amministrazione ed il godimento de'suoi beni, per sostenere i pesi del matrimonio può, solo e senza il di lei consenso, intentare e dedurre tutte le azioni di lei mobiliari e possessorie ».

1003. Ne è altrimenti quando i coniugi sono separati di beni, perchè la separazione trasferisce alla moglie l'amministrazione di ciò che le appartiene.

1004. Venghiamo all'esercizio delle azioni immobiliari che concernono i beni personali della moglie.

Qui si manifesta una differenza capitale tra il dritto romano ed il dritto consuetudinario.

Nelle idee romane, le mogli dedicate nell'interno della economia domestica, non potevano intervenire negli affari pubblici. Si temeva per loro il rumore del *forum*; si temeva che i dibattimenti giudiziari traendole tra le riunioni degli uomini, poco adatte al loro sesso non compromettessero il pudore della romana matrona, esposta agli sguardi ed a'motti indiscreti della folla. Il marito dunque era il procuratore nato della moglie; la persona di costei era fuori dell'azione giudiziaria: « *maritus, citra mandatum, in rebus uxoris cum solemni satisdatione et alta observatione, intercedendi habet facultatem, ne feminae, persequendae litis obtentu, in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum, vel iudiciis, interesse cogantur* ». Tali sono le parole della legge 21 al C., *de procuratoribus*.

Nelle idee consuetudinarie, non si pensò che la convenienza imponesse alla moglie tanta rigorosa astinenza. Tutte le precauzioni per la virtù delle mogli non sono in generale necessarie se non quando le mogli mancano di virtù; l'esempio di Roma lo pruova a maraviglia. Presso di noi, si ebbero meno dubbi sulla fragilità del sesso; accordandogli maggiore fiducia e libertà, non si credè abbandonarlo ad una funesta licenza per i costumi. Si permise dunque alle mogli di stare in giudizio con l'autorizzazione del marito, miglior giudice di chicchessia delle convenienze coniugali. « Noi supponghiamo (dice a maraviglia Lebrun, il di cui stile si riscalda e si colorisce qualche volta) che per essere in qualità nelle cause, la moglie non è meno obbligata a queste misure di convenienza che le proibiscono di comparire troppo assiduamente o senza necessità nella folla de'litiganti, e di andare come le ragazze de' Madianiti nel campo d'Israello per introdurvi l' esca della voluttà, invece dello amore delle leggi e dello zelo della vera religione.

1005. Or, poichè la moglie è proprietaria de' suoi beni personali, ne segue che le azioni che appartengono al suo dritto di proprietà, e che possono conservarlo o stenderlo, riposano sopra di lei; che devono essere esercitate in di lei nome e da lei, purchè ciò sia con l'autorizzazione del marito; che se ella non è parte nella causa che statuisce sulla proprietà dei suoi beni personali, la sentenza di condanna non ha contro di lei l'autorità della cosa giudicata.

Questo punto di dritto è molto antico presso di noi; è certificato da'nostri più vecchi autori, costituisce una delle consuetudini più

osservabili del nostro dritto francese. Le consuetudini le quali avevano emmesso il marito ad esercitare solo le azioni reali e petitorie concernenti il fondo e la proprietà de' propri della moglie erano rari ed assolutamente eccezionali.

Il marito non è dunque padrone delle azioni immobiliari che concernono i beni personali della moglie. Queste azioni non entrano in comunione, e quindi non potrebbe far nulla in modo da compromettere il dritto a cui sono annesse: *Absurdum est ei cui alienatio interdicitur permitti actiones exercere.* In una parola, il marito non è qui il rappresentante della moglie; questa deve essere col nome nelle qualità; essa non riceve nessun pregiudizio di ciò che si fa quando non vi è.

1006. Affrettiamoci frattanto a fare una importante osservazione: avendo il marito durante il matrimonio il godimento dei beni personali della moglie, ha interesse di esercitare per suo proprio conto, ed in quel che gli concerne, le azioni che competono alla moglie. Se la moglie sostenesse sola la causa e si lasciasse leggermente condannare, il dritto del marito sarebbe leso e la sentenza comprometterebbe il di lui usufrutto. Se al contrario, la moglie ricusasse di associarsi alle giuste procedure, tale resistenza capricciosa priverebbe il marito del vantaggio di un usufrutto che appartiene alla comunione. Queste due ipotesi si provano che il marito ha un dritto proprio che non potrebbe essere abbandonato al libero arbitrio della moglie, e come ogni dritto genera una azione, come un dritto spogliato di azione non sarebbe una vana e sterile astrezione, ne siegue che il marito ha ancora qualità per dirigere solo, ed in suo nome, le azioni immobilieri relative ai beni personali della moglie, ma che toccano le comunione. Senza dubbio, tali azioni, se sono intentate senza il concorso delle moglie non hanno effetto contra di lei; ma, durante il matrimonio, le sentenze che le hanno seguite sono un legame tra il marito ed i terzi. Questo era quanto aveva benissimo osservato il giudizioso Coquille: « Secondo le nostre consuetudini, possiamo dire che il marito può esercitare le azioni utili *per l'interesse reale che vi ha come si dice del superficiario*, l. 3, § penult., D., *de operis novi nunc.* Ma la moglie nondimeno dopo lo scioglimento del matrimonio, ha intieri i suoi dritti ».

E d' altronde:

» Le azioni personali e petitorie che concernono e sono di momento alla proprietà delle successione propria della moglie, il marito, solo senza la moglie non può esercitarle, nè sopra quelle essere convenuto... *Salvo* che il marito potrà essere in causa, solo, de per se, dimandando o difendendo, purchè aggiunge questa qualità: *come marito* e pel suo interesse di marito ».

1007. Ciò fa comprendere a maraviglia il doppio dritto della moglie come proprietaria, e del marito come avente dritto a'frutti. La distinzione di Coquille fondate sulla natura delle cose, sulla

diversità della qualità, sulla combinazione degl'interessi differenti della moglie e della comunione, appartiene al dritto comune, e di tutti i tempi, ed oggidì deve come già un tempo servire di regola.

1008. Ci rimane ad aggiungere una parola per fissare la posizione de' terzi. Se il marito li sfida soli, sono esposti a veder venire la moglie, dopo lo scioglimento del matrimonio, rimettere in quistione la sentenza che avrà loro data vinta la lite. Ma ciò non impedisce che il marito non sia, per quel che concerne il di lei interesse, un contraddittore legittimo. Tuttocciò che i terzi hanno da fare per darsi una salvaguardia, è di mettere la moglie in causa, onde rendere la sentenza comune con lei; questa è ancora la giusta osservazione di Coquille: « Ma se la parte avversa desidera avere una sentenza per sempre sicura, può ricorrere perchè la moglie sia una delle parti.

Tale è la teoria molto semplice che rischiara questa materia. Essa si concilia a maraviglia con il nostro articolo, ed è con gran ragione che è stata consacrata dalla giurisprudenza della corte di cassazione. Un arresto di questa corte del 14 dicembre 1831 decide che, poichè il marito è responsabile delle perdite che gli averi della moglie potrebbero provare in conseguenza della di lui negligenza e per la mancanza di atti conservatori, ne siegue, che, per esonerarsi da tale responsabilità, è tenuto di esercitare le azioni immobiliari di costei. Le esercita senza il di lei concorso, ella può intervenire. Non interviene, la la sentenza che la condanna non ha contro di lei l'autorità della cosa giudicata, ma il terzo che litiga col marito può ovviare a questa difficoltà mettendola in causa.

Siffatto arresto a cui debbonsi aggiungere tre altri della camera de' ricorsi del 15 maggio 1832, 29 aprile 1839 e 24 marzo 1841, può essere considerato come se formasse la giurisprudenza, e questa giurisprudenza si rannoda con la dottrina degli antichi autori.

Da una parte, il marito è usufruttuario: ei può dunque esercitare solo le azioni che sono di natura da conservare tale usufrutto.

Da un'altra parte, il marito è responsabile della sua negligenza nella conservazione dei beni personali della moglie: bisogna dunque che potesse agire per mettere al coperto tale responsabilità. È il suo interesse che difende nel nostro caso, difendendo l'interesse della moglie. Si dirà che non ne siegue necessariamente da ciò che ei debba esercitare, solo, le azioni proprie per conservarle, e che tuttocciò che se ne può conchiudere logicamente, si è che deve fare agire la moglie? Rispondo che se costei di uno spirito *restio*, ricusasse il prestare il suo concorso, il marito non potrebbe abbandonarla al suo capriccio e perdere un vantaggio che reagisce sulla comunione.

1009. Tale è dunque a questo riguardo la giurisprudenza; tale è il dritto. So che più opinioni assolute sono state emesse qualche volta, le une accordando troppo al marito, le altre troppo alla moglie. Nel definitivo, non vi ha nulla più facile del comprendersi, perchè non si tratta di una quistione imbarazzante. La moglie ha il suo dritto, il marito il suo; meglio è esercitarli simultaneamente e di accordo. Ma non è meno certo che, per l'interesse che vi ha, un marito può esercitare le azioni immobiliari della moglie, anche senza di lei e suo malgrado. La giurisprudenza della corte di cassazione che si è qualche volta censurata, non fa che confermare una dottrina che gli antichi autori professavano, e che al far dei conti i critici stessi professavano.

1010. Supponghiamo dunque, che si dovesse vendere col patto di ricompra una successione appartenente alla moglie: se la moglie ricusasse di ricomprarla, il marito potrebbe farlo solo nell' interesse della comunione. Questo è quanto decideva espressamente la consuetudine del Borbonese. Il marito, a causa della moglie può fare offerta di ricomprare e di richiedere in giudizio a nome della moglie il riacquisto senza il consenso o procura della moglie. Quale ragione vi sarebbe per impedire al marito di esercitare un dritto in vantaggio della moglie nello stesso tempo ch'è il suo, e che non potrebbe nuocergli? L'art. 1428 (1399) non contiene una parola che potesse farvi ostacolo. Al contrario il paragrafo finale impegna la di lui responsabilità ad agire. Fa d'uopo dunque che si metta in misura: il di lui ritardo comprometterebbe de' dritti di cui ha la gestione e la conservazione.

1011. Ma in tesi ordinaria, il marito deve agire di concerto con la moglie in tutte le cause che riguardano i beni personali di costei.

Così, insieme con lei, dovrà intentare l' azione per divisione.

In una a lei dovrà intentare l'azione per petizione di eredità.

1012. Con lei dovrà far valere, con l'offerta maggiore, il dritto ipotecario della moglie, annessu ad un credito proprio. È anche da osservare in quel che concerne questo punto particolare, che le dottrine che noi emettevamo a' n. 1008, 1009 e 1010, spiegano per eccezione, sì che l'offerta maggiore fatta dal solo marito non potrebbe appoggiarsi su i motivi che possono salvare una rendita fatta col patto di ricompra od ogni altro atto della stessa natura. Difatti, l'offerta maggiore non è solamente un'azione immobiliare tendente a realizzare il dritto della moglie sull'immobile ipotecato: l' offerta maggiore racchiude inoltre una obbligazione precisa di rendersi acquirente se l' incanto non è coperto. Or, giusta l'articolo 2185 (2084) del codice civile, quest' obbligazione non può essere presa che dal creditore inscritto. La presenza della moglie è dunque indispensabile, perchè il marito non è il creditore inscritto, ei non ha qualità legale per turbare l'acquirente. Si vede: qui vi ha una ragione tutta speciale che toglie la difficoltà, senza

scuotere il principio che esaminavamo or ora sull'esercizio delle azioni immobiliari.

1013. In quanto alle azioni passive, il marito non potrebbe difenderle senza la moglie: questo è quanto abbiamo già veduto al n. 992, in cui abbiamo detto che la spropriazione forzata di un bene personale della moglie deve intentarsi contro la moglie e contra del marito. Se il marito può agire qualche volta solo per conservare con il suo dritto il dritto della moglie, non può mai compromettere solo, ed esporre ad una perdita i beni personali di costei. Usufruttuario, non ha qualità per difendere solo la proprietà. Ed ecco perchè la citazione per aggiornamento notificata al marito ed alla moglie con una sola copia è nulla allorchè si tratta di un immobile proprio della moglie. Se il marito ha un interesse come usufruttuario, la moglie ne ha uno superiore e distinto come proprietaria. Vi sono dunque due persone, due dritti che si distinguono l'uno dall'altro e che devono essere interpellati con due copie distinte: questo è quanto la corte di cassazione ha giudicato sul mio rapporto con arresto del 24 marzo 1841.

1014. Occupiamoci adesso degli atti conservatori imposti al marito, per le sue colpe, nella custodia degl' interessi propri della moglie, e della responsabilità che ne risulta sulla di lui persona: questo è l'oggetto dell'ultimo paragrafo dell'art. 1428 (1399).

Il marito ha un bel cavare dall'autorità maritale il suo dritto di godimento e di amministratore de'beni personali della moglie: la di lui autorità non è illimitata; essa deve vegliare per conservarla. Nell'istesso modo che non può con atti di alienazione impoverire la moglie, nell'istessa guisa non può con le colpe di amministrazione compromettere i di lei proprî interessi, che sono le ultime risorse della famiglia. Che importerebbe se i beni propri della moglie fossero dissipati con atti diretti di alienazione, o perduti con colpe conducenti indirettamente allo stesso risultato? Il marito è dunque tenuto d' invigilare su i beni della moglie con tutte le cure di un buon padre di famiglia. « *Maritus*, dice D'Argentrè, *qui dotem accepit, de lata et levi culpa respondet* ».

Si vede che sopra questo punto il dritto consuetudinario è in perfetta armonia con il dritto romano, e non ne poteva essere altrimenti. Per la natura del di lui potere, per la sua qualità di *bail* della moglie, il marito deve alla custodia degl'interessi propri che gli sono affidati una cura grave, un ministero attento.

1015. Se dunque il marito non intenta le azioni necessarie per la conservazione della dote, se trascura di interrompere le prescrizioni, se, per esempio, lascia perire un' azione per petizione di eredità, la moglie avrà contro di lui un ricorso per danni ed interessi. *Perchè*, dice Coquille, *egli è responsabile se non ha esercitato o sostenuto le azioni assai accuratamente*.

1016. E notate bene che la riparazione della colpa del marito non sarà la restituzione della moglie nello stato in cui sarebbe

stata, rapporto ai terzi se la colpa non fosse stata commessa. Così, per esempio, se il marito non avesse esercitato nel termine voluto, ed in seguito della sua negligenza alla ricompra, la moglie non avrà dritto ad esercitare da se solo questa ricompra, allo scioglimento del matrimonio, ed a sostenere, contro del compratore, che la colpa del marito non può nemmeno involvere la perdita del di lei bene personale di quello che un'alienazione diretta non l'avrebbe fatto. La moglie non ha se non un'azione per danni ed interessi contro dello sposo; essa non ha un'azione contro i terzi.

Vanamente si obietterebbe che quando il marito ha venduto i beni propri della moglie, questa ha in una certa misura l'azione di revindica contro i terzi; che tale vendita è la più grave e la più caratterizzata di tutte le colpe, e che frattanto essa dà alla moglie il dritto di agire contro i terzi, dritto che noi le ricusiamo.

Risponderemo che si deve distinguere in tale materia, tra la colpa che commette il marito alienando i beni della moglie, che è una colpa *in committenda*, e le altre colpe che può commettere *in omittendo*. La vendita fatta dal marito è un atto al quale il terzo acquirente si è associato, di cui è complice e la di cui responsabilità deve rimontare sino a lui.

1017. Tra le cause di responsabilità del marito, si può citare il caso in cui trascura di fare nel termine prescritto la dichiarazione delle successioni trasmesse alla moglie. ei deve tener conto del doppio dritto.

1018. Una causa di responsabilità, osservata altrove da noi, ha luogo quando il marito accetta imprudentemente successioni mobiliari, e che con una tale accettazione compromette la sorte dei beni propri della moglie.

1019. Il marito deve ugualmente dispensare tutte le sue cure alla conservazione maritale de'beni de'quali ha il godimento. Non deve lasciarli deperire per mancanza di riparazione e di manutenzione.

1020. In una parola, il marito, dice Duparc-Poullain, « è obbligato di mantenere i beni della moglie in buono stato di riparazione, d'impedire le usurpazioni, di sorvegliare i crediti, di escutere i debitori, e di arrestare il corso delle prescrizioni, ec. ».

Se manca a tali obbligazioni, la comunione, ed in mancanza della comunione, i di lui propri beni sono responsabili degli avvenimenti della sua cattiva amministrazione e della sua negligenza.

1021. Ma, osserviamolo con Lebrun: tutte le garenzie dovute dal marito per la cattiva amministrazione sono debiti della comunione, in guisa che la moglie che accetta la comunione li confonde per metà.

ARTICOLO 1429 (1400)

Gli affitti dei beni della moglie che il marito da se solo abbia convenuti per un tempo più lungo di nove anni, nel caso dello scioglimento della comunione, non obbligono nè la moglie, nè i di lei eredi se non pel tempo che rimane a decorrere, sia del primo periodo del novennio, se non fosse ancora trascorso, sia del secondo, e così successivamente, di maniera che il fittaiuolo non abbia se non il dritto di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del periodo nel quale si trova.

ARTICOLO 1430 (1401)

Gli affitti dei beni della moglie non per un novennio, o a minor tempo, che il solo marito ha convenuti o rinnovati più di tre anni prima di spirar l' affitto corrente se tali beni sien rustici, e più di due anni prima di detta epoca, se i detti beni consistano in case, non hanno veruno effetto; purchè non siano cominciati ad eseguire prima che si sciogliesse la comunione.

COMMENTARIO

1022. L'affitto è di sua natura nelle attribuzioni di un amministratore o di un usufruttuario: il marito ha dunque il dritto di locare e di appigionare senza il concorso della moglie, i beni personali di costei. È per gli affitti ch'ei li mette in relazione; è per l'affitto che fa loro produrre i frutti i quali sono destinati ad arricchire la comunione ed a concorrere al mantenimento del governo domestico. Non può vendere nè alienare i beni personali della moglie, perchè non è proprietario; ma può locarli ed appigionarli perchè ne è amministratore, locatore, usufruttuario, con la sola qualità di marito. È questo dritto che concerne l' art. 1429 (1400); ei deriva dall'art. 1428 (1399).

Sin che dura la comunione, gli affitti fatti dal marito non interessano che questa comunione di cui è capo, e si comprende che la moglie non ha dritto per censurarli.

Ma quando la comunione viene a sciogliersi e che la moglie ripiglia il possesso de'suoi averi, allora può trovarsi molestata dagli affitti che prolungano la loro durata per tutta la sua vedovanza. La moglie riprende allo scioglimento della comunione il suo dritto di amministrazione: dovrà questo dritto essere limitato dagli affitti

fatti dal marito aventi una durata considerevole? e se è la moglie che premuore, i di lei eredi dovranno subire gli affitti smisurati per la loro lunghezza?

Siffatta quistione era tale da colpire il legislatore. Le consuetudini se ne erano occupate; avevano in generale conciliato con mezzi ragionevoli il dritto della moglie col dritto del marito; ecco qual era il dritto comune.

1023. Se il marito non fosse stato che un usufruttuario ordinario, non avrebbe potuto affittare se non per il tempo del suo godimento. Nell'antico dritto la locazione spirava con l'usufrutto: si applicava a rigore la massima: *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis.* Ma il marito era più di un usufruttuario; come marito come avente dritto al rispetto ed alla sommessione della moglie, poteva pretendere qualche cosa di più di quel che l'usufruttuario potesse fare; la moglie dovevagli maggiore deferenza di quello che un nudo proprietario non ne deve agli atti di un semplice usufruttuario. Da ciò si decideva, che gli affitti fatti dal marito pel tempo usitato, dovevano star fermi per tutto la loro durata, anche dopo lo scioglimento della comunione.

Tuttavia, si può citare una consuetudine che aveva seguito alla lettera il principio, secondo il quale il nudo proprietario non è tenuto di mantenere l'affitto fatto dall'usufruttuario, e che l'aveva applicato al marito. Era la consuetudine di Blois; essa conteneva: « Il marito non può locare l'eredità della moglie oltre il tempo del matrimonio senza il di lei consenso ». Ma lo ripetiamo, quest'uso era contrario al dritto comune. Il dritto di semplice usufruttuario non era considerato in generale come la misura del dritto del marito, amministratore del bene della moglie *iure mariti*, ed i di cui atti dovevano inspirare a costei la deferenza ed il rispetto. In guisa che si poteva applicare agli affitti fatti dal marito ciò che Coquille diceva degli affitti fatti dalla vedova che godeva de'beni assegnatile dal marito. « Per l'onore del matrimonio passato durante il quale i due erano uniti con eccellente amicizia, questi atti devono essere rispettati e tenuti in qualche conto ». Essendo il marito amministratore de' beni personali della moglie, la moglie era soggetta a mantenere gli affitti da lui fatti in forma di amministrazione, e per il tempo consueto. « *Dico veritatem esse*, dice Dumoulin, *quod mulier, soluto matrimonio, tenetur praecise stare locationi ad modicum tempus factae, per maritum, sicut alias locationi ad modicum tempus factae per praelatum, nomine ecclesiae, et successor praecise stare, et ratio est quia maritus, tam in terminis nostrae consuetudinis, habet legitimam administrationem bonorum dotalium, sive propriorum uxoris, in qualitate mariti, et sic locationi ad modicum tempus, alias recte factae, in qualitate mariti et ad causam uxoris, tenetur praecisae mulier stare, non obstante theoria Abbatis et Bartoli et communi sententia.*

Non vi ha nulla di più saggio di questa dottrina: che acca-

drebbe, se gli affitti fatti dal marito spirassero con la comunione? Gli sarebbe difficilissimo di locare vantaggiosamente gli stabili della moglie, rinunziando alla comunione, aprirebbe un vasto campo ai reclami per danni ed interessi da parte de' fittaiuoli e de' coloni espulsi.

1024. Tale sistema hanno adottato gli art. **1429** e **1430** (**1400** e **1401**) del codice civile. Solamente qui fa d'uopo osservare: ed è che mentre l'antico dritto, mettendo il marito al di sopra dell'usufruttuario, gli faceva una condizione particolare e favorevole il codice, inclinato a far prevalere da per tutto la permanenza degli affitti, ha innalzato l'usufruttuario alla condizione del marito, ed ha voluto che gli affitti legittimamente fatti dall'usufruttuario, nella misura della sua amministrazione fossero rispettati come gli affitti del marito.

1025. Dopo di questa osservazione, andiamo alla spiega degli art. **1429** e **1430** (**1400** e **1401**). Noi ne abbiamo riepilogato le idee nel nostro commentario *sulla Locazione*; elleno sono tanto semplici che giuste. Il legislatore fa una distinzione tra gli affitti fatti dal marito e che si trovano eseguendosi allo scioglimento della comunione, e gli affitti fatti anticipatamente.

Vediamo quel che concerne i primi.

L'art. **1429** (**1400**) non intende proteggere indistintamente gli affitti di una durata eccessiva, che gravano l'avvenire; comincia dal principio con dar forza di esecuzione agli affitti a breve termine, *locationibus ad modicum tempus factis*, come dice Dumoulio.

Per affitti a termine breve s'intendono gli affitti di 3 6 e 9 anni al più ; quand' anche la comunione si sciogliesse lungo tempo prima del loro spirare, la moglie dovrebbe lasciarli pervenire al loro termine.

In quanto agli affitti che eccedono nove anni, essi non legano la moglie, nè i di lui eredi se non pel tempo che rimane a decorrere, sia dal primo periodo di nove anni, se le parti vi si trovano ancora, sia dal secondo, e così di seguito, in guisa che il colono o lo inquilino non abbiano che il dritto di terminare il periodo di nove anni nel quale si trovano. E siccome non si presume che nessuno ignori la legge, i coloni e gl'inquilini non potrebbero domandare i danni ed interessi al marito per questa riduzione: lo potrebbero se non quando il marito li avesse indotto in errore.

1026. Ecco per quel che concerne gli affitti che lo scioglimento della comunione trova in via di esecuzione. Vediamo quelli che non hanno ancora posto il locatario in possesso a quell'istante.

Un padre di famiglia diligente non deve attendere lo spirare degli affitti per farne de'nuovi; altrimenti, sovente sarebbe esposto a vedere le sue case senza inquilini ed i fondi rustici senza coloni.

La preveggenza gli consiglia adunque di pensare qualche tempo avanti a rinnovare gli affitti che si avanzano verso il loro termine.

Il marito imiterà dunque il padre di famiglia diligente.

Intanto, se si facessero troppo anticipatamente, si potrebbe supporre dalla sua parte il disegno di fare un torto alla moglie e di favorire il fittaiuolo. Una forte anticipazione sarebbe sospetta; sarebbe anche imprudente: perchè il colono non può prevedere nè indovinare il giusto valore de'frutti della cosa al tempo in cui il fitto deve incominciare. Questa anticipazione dev' essere moderata per essere ammessa come buona. È moderata, giusta l' art. 1430 (1401), quando il fitto di un fondo rustico si è fatto tre anni prima lo spirare del fitto corrente, e quello de' fondi urbani due anni prima di questo termine. In tal caso, il fittaiuolo, quand' anche non fosse entrato nel godimento all'epoca dello scioglimento della comunione, ha il dritto di far valere l'affitto contro la moglie o i suoi eredi, e costoro devono rispettarlo.

1027. Che se il marito avesse fermato gli affitti prima de' tre o due anni dallo spirare degli affitti correnti, dessi sarebbero senza effetto, a ragione del carattere di sospetto che vi si annetterebbe.

1028. Non ne sarebbe altrimenti se non quando il fittaiuolo avesse incominciato il suo godimento prima dello scioglimento della comunione; nel quale caso sarebbero mantenuti a cagione del favore del possesso. Il possesso fa supporre la lealtà e la sincerità del titolo; fa supporre che il marito non ha avuto di mira se non l'interesse della comunione: allontana ogni idea di gravare la sposa.

1029. Che se un simile affitto, firmato prima di tre o due anni, e messo in esecuzione, sorpassasse il novennio, si dovrebbe ridurre secondo le disposizioni dell'art. 1429 (1400). Ma non si dichiarebbe nullo e senza effetto, come a torto l'insegna Proudhon. Quando vi è il possesso il legislatore non cura l'epoca in cui è stata contratta la locazione; non vede che l'esecuzione a cui il marito ha presedulo, e che dimostra non esser stato diretto se non nell'interesse della comunione. *Res non est integra.* Il caso è questo di dire ciò che il dritto canonico diceva su tale quistione: *Utile ab inutili reparatur*

1030. Tale l'economia de'due articoli 1429 e 1430 (1400 e 1401). Si vede che conciliano con molta equità il dritto del marito amministratore e gl'interessi della moglie proprietaria.

Ma è bene inteso che in tutti i casi ne'quali la legge rende gli affitti obbligatori per la moglie, suppone che sono fatti in buona fede. Se la frode ci avesse preso parte, la moglie non sarebbe tenuta per un tale atto di amministrazione.

La bassezza del prezzo non è da se sola una circostanza sufficiente per fare presumere la frode.

1031. Ma se alla bassezza del prezzo si unisce la circostanza che fosse stata pagata una mancia al marito, Ferriéres pensa che

la frode sarebbe evidente, e che allora le moglie potrebbe far cassare l'affitto, senza essere tenuta di restituire il dono. Stenterei ad ammettere tale soluzione: perchè fa ricadere sul fittaiuolo di buona fede, che ha fatto un sagrifizio, un sagrifizio più grande. Vi sono molti mariti, molestati negli affari della loro comunione, i quali hanno l'abitudine di non locare a'loro fittaiuoli se non con la condizione delle mancie. Questa condizione nulla ha d'illecito, e non si vede perchè se ne impossesserebbero per fare pesare sopra un coltivatore che non vi ha veduto nessun male una pena tanto forte quando una espulsione senza indennità. Il fittaiuolo non è *conscius fraudis*: deve dunque rimanere al coperto. Ed ecco la ragione per la quale io penso che la moglie deve rispettare l'affitto, salvo a lei di farsi indennizzare dal marito di un profitto che ha fatto a spese sue.

1032. Terminiamo con una riflessione. Si viene di osservare in quali casi gli affitti fatti dal marito sono obbligatori per la moglie la quale non vi è stata parte, anche dopo che la moglie ha ripresa l'amministrazione de'suoi beni personali. Ora la moglie è tenuta di rispettare gli affitti del marito, non solo quando accetta la comunione, ma ancora quando vi rinunzia. La ragione non è che tali affitti sono stati fatti dal marito, non come socio, non come in comunione, ma in virtù della sua autorità maritale, e come legittimo amministratore, tanto per se ed in suo nome quanto per lei.

1033. Gli articoli 1429 e 1430 (1400 e 1401) non sono relativi se non al caso in cui la moglie non ha consentito al contratto. Che se gli affitti sono stati fatti da lei unitamente al marito, ella deve rispettare tutte le sue obbligazioni senza arrestarsi a'limiti ed alle distinzioni di tali articoli. La moglie autorizzata dal marito è pienamente capace di disporre della sua cosa. Essa avrebbe potuto vendere: con più forte ragione può obbligare i suoi beni personali con gli affitti prolungati ed eccezionali, e nessuno motivo potrebbe restituirla in intero senza obbligazioni cotanto legittime.

ARTICOLO 1431 (1402)

La moglie che si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione e del marito, non si reputa obbligata riguardo a lui se non come mallevadrice: ella debbe esser fatta indenne per l'obbligazione che ha contratta.

COMMENTARIO

1034. In molti articoli precedenti abbiamo veduto gli affetti delle obbligazioni contratte dalla moglie. rapporto alla comunione. Gli articoli 1419 (T.), 1427 e 1427 (1397 e 1398) ci hanno mostrato

le obbligazioni contratte dalla moglie autorizzata dal marito, reagendo sulla comunione, obbligando i beni della comunione, accordando a'creditori il dritto di pagarsi sopra i beni della comunione. Reputandosi il consenso del marito dato, a causa de'vantaggi che l'affare procura alla società coniugale, questo consenso, riunito al consenso della moglie, fa portare sulla comunione la di costei obbligazione.

Sin là, la moglie non può lamentarsi di questo stato di cose, perchè è dessa che si obbliga, e la comunione paga. I colpi dei creditori si allontanano da lei per andare a cercare la comunione, vale a dire il marito, il quale pel solo motivo che ha dato il consenso, è sempre tenuto solidalmente e per il tutto, reputandosi che i creditori abbiano principalmente seguito la sua fede.

1035. Ma è possibile che la comunione non sia sufficiente per indennizzare i creditori; è egualmente possibile che questi ultimi abbiano un vantaggio nell'agire direttamente contro della moglie: allora la moglie paga con i suoi danari, con i suoi beni personali, il debito da lei contratto rapporto a'terzi a'quali ha accordato la sua firma; nulla di più giusto. Ma vale lo stesso rapporto al marito? La influenza maritale non ha ottenuto dalla moglie un consenso di compiacenza? La moglie non si è obbligata, per cedere alle importunità vicine di un assedio, alle istanze prossime all'esecuzione? Non è facile ad un marito, « *o buono, o severo, o accorto, di fare intervenire ed obbligare la moglie ai debiti che contrarrà* »? Non è quindi equo che sia indennizzata dal marito di ciò che ha pagato sopra i suoi beni personali?

1036. Il dritto consuetudinario si è preoccupato in un alto grado di tale situazione della moglie. Amico del credito riguardo ai terzi, e della libertà riguardo alle mogli non ha voluto frattanto che il patrimonio proprio della moglie fosse leggermente sagrificato: *Marito non licet onerare propria uxoris*. Da ciò la teoria della indennità dei debiti che rappresenta una parte tanto considerevole nel regime della comunione, e si pone allato alla teoria dei reimpieghi. Si sono voluti conciliare gl'interessi del credito con gl'interessi di conservazione. Ma non è colle incapacità ammesse nel dritto romano che si è tolto la difficoltà. Le incapacità sono spesso un modo stretto di cavarsi di affare. Col sistema delle indennità dei debiti il regime della comunione ha fatto cessare il conflitto. Se la moglie è tenuta verso i terzi ai quali ha dato la sua parola, il marito sarà tenuto in certi casi, verso la moglie, d'indennizzarla di ciò che ha pagato per la comunione.

1037. Ma quali sono questi casi? La moglie può obbligarsi solidalmente verso i terzi, o senza solidalità. Vediamo il primo caso, che è quello del nostro articolo.

Una moglie si obbliga solidalmente col marito verso di un terzo: senza dubbio alcuno, il creditore forte nella firma, potrà costrin-

gerla per il tutto, *quia convenitur ex facto suo et proprio, non ex facto mariti*. Ma quando avrà pagato, essa avrà un'azione contro del marito per essere indennizzata dall'obbligazione contratta. Che rinunzii o non rinunzii alla comunione, non potrà meno rivolgersi verso il marito ad effetto di ottenere la indennità. Se rinunzia si presumerà non avere avuto alcuno interesse al debito; sarà simile ad un fideiussore che deve essere rinviato indenne dal debitore mallevato. La esperienza non prova in tutti i giorni che se la moglie s'introduce in un affare della comunione o del marito, vale a dire in un affare di cui non ha nè la cura nè la direzione, e di cui la legge ha rimessa al marito la condotta esclusiva, e per adempire un uffizio di benevolenza, per evitare le liti intestine e fortificare col suo credito il credito del marito? E che è ciò se non è mallevare? La moglie sarà dunque risarcita dall'obbligazione che ha contratta, ne sarà risarcita come un fideiussore, vale a dire per la totalità. Sarà di più surrogata nei dritti del creditore che ha pagato.

Che se non rinuncia, allora la sua qualità di moglie in comunione, mette senza dubbio alcuno, a suo peso una metà del debito. Ma per l'altra metà che ha pagata, non l'ha pagata che come mallevadrice del marito: ella ha azione contro di lui come un fideiussore ha azione contro del debitore principale; essa è surrogata di pieno dritto nei dritti del creditore che ha soddisfatto.

Tale è il senso della massima che dice che la moglie che si è obbligata solidalmente col marito non si è obbligata nei suoi rapporti con lui se non come mallevadrice. Delvincourt ha riepilogato benissimo tutto ciò con queste brevi parole: « Rapporto al marito, si presume sempre che si sia obbligata come mallevadrice, quand'anche il debito concernesse gli affari della comunione; e deve essere, in conseguenza indennizzata da lui o dai suoi eredi, sia nel totale, sia nella metà solamente, secondo le circostanze. »

1038. Ecco il caso in cui la moglie si è obbligata solidalmente col marito, sia per gli affari del marito, sia per gli affari della comunione.

Ma è possibile che si sia obbligata unitamente, quantunque senza solidalità, sia per gli affari del marito, sia per gli affari della comunione; allora la moglie non può essere convenuta dai creditori per il totale, non può essere convenuta se non per la sua parte e porzione art. 1687 (1533), vale a dire per la metà del debito. Ma questa metà la riavrà dal marito, se l'affare non concerne che questi, perchè si presumerà sua mallevadrice; la riavrebbe ancora, quando sarebbe per un affare della comunione, se essa vi rinuncia; non avrà pagato che come mallevadrice.

1039. Si vede che in tutti i casi nei quali la moglie si obbliga, unitamente al marito, per affari che le accordano il dritto di es-

sera indennizzata, è presunta mallevadrice del marito. Il nostro articolo frattanto è redatto in modo da lasciar credere che la moglie non è mallevadrice del marito se non quando si è obbligata solidalmente; ma non si dovrebbe prendere con troppo vigore una redazione che non ha tale estensione. Il Codice ha voluto dire che la moglie è mallevadrice del marito anche quando si è obbligata solidalmente. Questo è quanto aveva detto Lebrun: « l'indennità della moglie la fa considerare come una mallevadrice, quantunque si sia obbligata solidalmente; questa è una impressione che rimane del Velleiano che è stato abolito. » Basta dunque perchè abbia luogo l'indennità che vi sia fideiussione implicita della moglie, ed, in conseguenza, surrogazione nei dritti del creditore pagato.

1040. Del rimanente la surrogazione, effetto necessario della fideiussione, è molto utile alla moglie. L'antica giurisprudenza l'aveva consacrato; si faceva risultare dagli art. 244 e 245 della consuetudine di Parigi.

1041. Riepiloghiamo adesso questo colpo d'occhio differente.

Una moglie in comunione può obbligarsi solidalmente per gli affari del marito o della comunione art. 1431 (1402), ed essere forzata dal creditore a pagare più della metà. In questo caso ella ha dritto di essere risarcita dal marito di ciò che ha pagato al di sopra della sua metà.

Dippiù, quantunque obbligata senza solidalità, non ha pagato che la sua metà, se tale porzione eccede l'emolumento che ha ricavato dalla comunione, ella dev'essere indennizzata di ciò che ha pagato al di sopra di questo eccedente, e ciò quantunque abbia accettata la comunione (art. 1483 (T). Di più ancora, la moglie può rinunziare alla comunione, ed allora i debiti ai quali ha partecipato ricadono tutti sul marito; essa vi diviene estranea: e deve essere indennizzata nella totalità di ciò che ha pagato. Infine, ogni volta che lo affare è personale al marito, la moglie obbligata con lui ha contra di esso il suo risarcimento per tutto ciò che ha sborsato per suo discarico (articolo 1494 (T.).

In tutti questi casi, essa ha la surrogazione ai dritti del creditore per ciò che ha pagato di soverchio; è mallevadrice del marito. Per dritto romano era qualche cosa di mostruoso una moglie che mallevava il marito. Si sa d'altronde quale era l'incapacità della moglie in materia di fideiussione: secondo il celebre *senatus consulto* Velleiano. Per dritto consuetudinario, la moglie, che è quasi uguale al marito può accorrere in di lui soccorso; può proteggerlo del suo credito; viene presunta ancora sua mallevadrice negli atti che fanno insieme.

Se i beni della comunione non sono sufficienti per rimborsare la moglie di ciò che ha pagato di soverchio, essa ha l'azione personale su i beni del marito.

1042. È buono adesso d'insistere su di un punto necessariissi-

mo a delucidare per mettere l'art. 1431 (1402) in tutta la sua luce. Consiste nel sapere se, perchè la moglie possa prevalersi di questo articolo, fa d'uopo che il debito avvantaggi il marito o la comunione; in guisa che sia riputata essersi obbligata per se stessa, e non pel marito o per la comunione, quando a causa del contratto interessa i di lei propri affetti e ai spiega con un sentimento che avrebbe diviso col marito.

Lebrun si è fatto la seguente quistione: « Se il marito e la moglie dice egli, si sono obbligati per un terzo, la moglie non ne ha meno il suo risarcimento. Non si deve in caso di rinunzia, considerare che la comunione non profitti di nulla perchè il mutuo si è rivolto in vantaggio di un terzo. Difatti l'indennità legale o convenzionale non è fondata sul profitto che fa il marito, nel caso che la moglie o i di lei eredi rinunziino alla comunione, ma sul favore della dote, che non si può conservare senza i reimpieghi e l'indennità che si sono resi legali con questa ragione.

« Uom non può attaccarsi all'opinione contraria senza aprire la porta a tutte le frodi; perchè non vi sarebbe nulla di più facile quanto il fingere che le obbligazioni delle quali il marito profitterebbe sarebbero fideiussioni in vantaggio di terze persone scelte per essere assolutamente insolvibili, e di ruinare con questa via le donne maritate, colpa di risarcimento e di soccorso sufficienti. »

Questa opinione di Lebrun non ci sembra in armonia con il testo del nostro articolo, testo che sembra essere stato redatto con un'accurata precisione per condannarla. Non ammette la moglie a presentarsi come mallevadrice del marito che quando l'obbligazione della moglie ha relazione con gli affari della comunione del marito, sarebbe superfluo il dire che non potrebbe reclamare tale rappresentanza quando non si obbliga con questo interesse.

Già per antico dritto, l'opinione di Lebrun era combattuta. Bacquet non esitava decidere, che la moglie non aveva azione quando, unitamente al marito, non aveva fatto che *ripondere per alcuni parenti ed amici che hanno ricevuto i denari*. Si concepisce, difatti, che quando la moglie ha pagato un debito del marito, abbia un pieno risarcimento da ripetere contro di lui: si concepisce ancora che quando ha pagato intieramente un debito della comunione, abbia un risarcimento per il tutto se rinunzia, ed un risarcimento della metà se accetta. Ma quando la moglie è individualmente interessata nel debito, quando questo debito è la sua cosa personale per metà, ha bello rinunziare alla comunione; non potrebbe esigere che la comunione resti gravata da un'obbligazione nella quale ella ha la sua parte personale; non potrebbe lasciare a conto della comunione un debito che non è debito della comunione, che era un debito personale dei due coniugi, ed al quale deve in conseguenza contribuire, non a causa

della comunione, poichè si trova ormai verificato che non è comune, ma a causa della di lei personale obbligazione.

1043. Del rimanente questo è quanto la giurisprudenza riconosce con ragione. Ecco due arresti che tolgono la quistione. Il primo è emesso dalla Corte di Parigi; ricordiamoci i fatti essenziali.

La signora Duperret aveva avuto due figli da un primo matrimonio, la signora Rayè e la signora de Freignac. La signora Duperret rimaritata sotto la regola della comunione con il signor Duperret, mallevò unitamente e solidalmente col marito varie obbligazioni contratte dai coniugi Rayè e di la Freignac. Alla morte della signora Duperret, ed all'epoca della liquidazione della comunione, s'innalzarono difficoltà sulle fideiussioni solidali delle quali venghiamo di trattare. Dovevano rimanere esclusivamente a peso della signora Duperret, attesocchè non erano stati motivati che nell'interesse dei di lei figli del primo letto? Oppure, dovevano dividersi per metà fra i due coniugi? Ovvero, infine, doveva qui applicarsi l'art. 1431 (1402) e considerare la signora Duperret come una mallevadrice avente dritto ad essere pienamente risarcita?

Il notaro divise le obbligazioni a metà fra i due coniugi.

Il tribunale di Sens, al contrario, le pose intieramente a peso della successione della madre: considerò che costei aveva voluto venire in soccorso dei suoi figli a procurar loro ancora dai mezzi di sussistenza, che tale interesse era estraneo al signor Duperret.

Appello.

La Corte di appello di Parigi non adottò tale sistema, e come il notaro liquidatore si pose in un termine medio.

Non debbono, difatti, le obbligazioni rimanere nella totalità a peso della signora Duperret. Ciò che essa ha fatto in favore delle figlie del primo letto, l'ha fatto, non per ubbidire ad un dovere legale, ma per un sentimento di benevolenza e di affezione. Or, questo sentimento di benevolenza e di affezione è stato diviso col marito: bisogna dunque che il marito divide il debito, e l'art. 1433 (T.) è inapplicabile.

L'art. 1431 (1402) non lo è meno. Non si tratta di un debito contratto per gli affari della comunione nel senso degli art. 1431 (1402) e 1483 (T.) del Codice civile; è un contratto di beneficenza, fatto nell'*interesse* di terze persone, e nel quale ognuno ha inteso prendere la sua parte e la sua metà. Non è questo dunque il caso di dire che la moglie è mallevadrice del marito. Ella si è obbligata, perchè il debito ricadesse per metà a suo peso.

1044. Questa giurisprudenza è eccellente, e si conferma con un arresto della Corte di appello di Lione degli 11 giugno 1833.

Una madre si era obbligata solidalmente col marito per lo stabilimento di un figlio comune. Non doveva essere considerata se non come mallevadrice del marito per tale obbligazione? No, dice

la Corte di appello. Il principio stabilito dall'art. 1431 (1402) non è se non una presunzione *iuris* che si cancella dinanzi alla pruova contraria. L'obbligazione è stata contratta nell'interesse personale di due coniugi. La moglie dunque è obbligata non come mallevadrice, ma nel suo interesse personale. Questo caso è simile a quelli in cui essendo stata costituita una dote dal padre e dalla madre unitamente ognun di costoro poscia è tenuto per la sua metà.

Non si potrebbe dir meglio.

1045. Ma facciamoci attenzione! La presunzione è che il debito è personale al marito o alla comunione. Il suo concorso all'atto, la sua presenza nell'operazione, la sua assistenza attiva, allorchè avrebbe potuto astenersi a lasciare che la moglie si facesse autorizzare dal giudice, tuttocciò prova, almeno in apparenza e sino alla pruova in contrario, che egli è il principale interessato: lo è certamente rapporto ai terzi, poichè nel sistema della comunione il marito che si obbliga con la moglie è quello di cui i terzi hanno principalmente seguita la fede. Ed ecco la ragione per cui è sempre tenuto per il tutto. Ma anche riguardo alla moglie e sino alla pruova in contrario, si presume essere il principale motore ed il principale interessato nel negozio. Ei deve distruggere questa presunzione con pruove contrarie, quando la natura stessa dell'affare non le distrugge.

1046. Abbiamo detto di sopra che la moglie è tenuta per il tutto verso il creditore a cui ha dato una promessa solidale. Dobbiamo qui osservare che è tenuta nello stesso modo verso il condebitore il quale avendo pagato il creditore, è surrogato nei dritti di quest'ultimo. Il condebitore dovrà solamente dedurre la metà che lo concerne; in quanto all'altra metà potrà domandarle nel totale alla moglie perchè quest'altra metà, la deve la comunione la quale non conta per una sola persona, e la moglie dovrà dunque pagare l'intiera metà, salva la sua azione contro del marito.

Questo punto è stato deciso con un arresto della Corte di cassazione del 20 novembre 1827. Lemercier figlio si obbliga unitamente e solidalmente col padre e con la madre maritato sotto la regola della comunione. Lemercier figlio paga la totalità del debito. Quale sarà la misura della sua azione contro la madre. Sarà per un terzo o per la metà? Ciò sarebbe buono al più se vi fossero tre debitori, ma non ve ne sono che due: la comuniona, mallevata dalla moglie, e da Lemercier figlio. La moglie potrà dunque essere convenuta per la metà: perchè questa metà la deve solidalmente, e Lemercier figlio ha il dritto di reclamarla in virtù della surrogazione nei dritti del creditore pagato. Ciò può appoggiarsi con questa dottrina dei *decreti* di Lamoignon: « Il marito e la moglie i quali sono intervenuti in un contratto di costituzione di rendita, o in una obbligazione di rendita, o in una obbligazione attiva e passiva, ed unitamente ad una terza persona, non

sono considerati che per una sola persona, e partecipano per metà al guadagno ed al peso del debito.

1047. Termineremo il nostro commentario all'art. 1431 (1402) ricordando che la moglie ha l'ipoteca legale della sua indennità: su di che si può vedere il nostro commentario all'art.2135 (2021) del Codice civile al titolo *dei Privilegi e delle Ipoteche*. Non ci limiteremo a ripetere qui che la cessione d'ipoteca legale, fatta dalla moglie ai creditori con i quali contrae, è spesse fiate un mezzo di credito. Ma quali sono gli effetti di tale cessione? Come opera? In qual modo può esser fatta? ec. ec. Tutte queste quistioni sono state trattate nel nostro commentario *sulle Ipoteche*, e lì rimandiamo il lettore.

1048. Se la moglie malleva il marito nei dieci giorni che precedono il fallimento, sperando così di salvarlo dal naufragio, non si può dire che la ipoteca legale che risulta per lei da tale fideiussione sia nulla. L'art. 446 (435) del Codice di commercio non annulla se non le ipoteche convenzionali e giudiziali costituite per debiti anteriori nei dieci giorni che precedono il fallimento: questo è quanto ha giudicato la Corte di Rennes con arresto del 25 giuguo 1846. Si direbbe indarno che il creditore non ai ha fatto dare tale fideiussione se non per esercitare l'ipoteca legale della moglie e crearsi, col suo mezzo, i dritti che non avrebbe potuto darsi direttamente. Non si presume che la moglie abbia ingannato i terzi, si presume al contrario, che sia stata sorpresa. Si dovrebbe punirla del modo come la natura l'ha fatta cioè facile o debole verso del marito.

1049. Anche quando la moglie è separata di beni, ha dritto di essere indennizzata, e ciò sia che la separazione fosse per contratto, sia che fosse giudiziale. I debiti che la moglie contrae col marito, dopo la separazione, danno dunque materia a tale azione. Difatti la moglie quantunque separata, non è meno soggetta all'autorità del marito; vi è soggetta non solo per dovere, ma ancora per effetto, condiscendenza ed abitudine. Seguendo gl'impulsi del marito, ella siegue il sentimento della natura. La legge dunque, in tale situazione deve accorrere in di lei soccorso. Senza di ciò, gli affari domestici sarebbero minacciati di distruzione, e la separazione, che si accorda per salvare i beni della moglie, le sarebbe di maggior pregiudizio della comunione. Il marito profitta quasi sempre del mutuo della moglie, o, almeno l'autorità della quale è investito dai legittimi motivi di temere che non ne usi per esigere sagrifizi dalla moglie. Sono queste ragioni che hanno fatto decidere che la moglie separata ha il reimpiego legale dei suoi beni personali alienati dopo la separazione; esse militano con non minor forza per il compenso dei debiti.

ARTICOLO 1432 (1403)

Il marito che si obbliga in solido, o altrimenti per garentire la vendita fatta dalla moglie di un immobile particolare di lei, venendo molestato, ha similmente il regresso contro di essa, tanto sulla di lei parte nella comunione, quanto sopra i di lei beni particolari.

COMMENTARIO

1050. L'articolo precedente ci ha mostrato la moglie armata del dritto di domandare il compenso pei debiti contratti da lei unitamente al marito; l'art. 1432 (1403) va a farci vedere il marito esercente un'azione per compenso contro la moglie, per un'obbligazione da lui contratta nell'interesse di quest'ultima anzi che nel suo.

La moglie in comunione, la quale, sotto il beneficio dell'autorizzazione del marito, ha una capacità cotanto estesa, può vendere il suo bene particolare, e vendendolo si obbliga a tutte le conseguenze della vendita, ed in particolare, alla garentia. Ma questa obbligazione di garentia sarebbe divisa col marito, il quale con la sua assistenza alla vendita, ha sembrato offrire il suo credito ai terzi compratori? E se il marito è garante della vendita di una cosa che non è sua, s'è molestato con l'evizione, non avrà un'azione contro la moglie? A tale situazione provvede l'art. 1432 (1403).

E primieramente, vediamo in quale circostanza il marito è garante della vendita riguardo al compratore. Diverse ipotesi devono essere esaminate.

Supporremo, pria di tutto, che il marito non ha assistito alla vendita che per autorizzare la moglie, la quale sola ha contrattato e venduto. Allora il marito non è presunto venditore. Non è intervenuto che per abilitare la moglie, e non per obbligarsi o mallevarla « Cum mulier sola, dice d'Argentrè, contrahit, vendit, distrahit, sed ad validandum actum, et habilitandam uxoris personam, vir auctoritatem praestat, sola mulier in obligatione est; sola vendit, et ideo solo de evictione tenetur. Quo casu, etsi vir, qui auctoritatem praestat, ab hoc solo actu teneatur ad compensandum mulieri, tamen emptori non obligatur, cum quo non contrahit, quia non ut venditor rei, sed ut auctor inhabili alioqui personae, interventi. Potest tamen incidere casus quo vir non teneatur ad compensationem, si forte debiti immobilis causa, ex parte mulieris, fiat, distractio, de quo nos diximus, articolo 412; etsi hoc caso tutius est virum auctorem non fieri et auctoritatem ab iudice peti. Sola enim mobilis causa communionem

obligat, sola volontaria distractio mariti recompensationem poscit; necessaria, a causa uxoris, virum non obligat ».

Questa dottrina è ragguardevole. Il marito che non fa che autorizzare la moglie alla vendita del suo bene particolare non è garante verso del compratore. Solamente, siccome il prezzo della cosa venduta è un mobile che entra in comunione, il marito ne deve compensare la moglie.

È vero che nel nostro commentario all'art. 1419 (T.) abbiamo stabilito, con l'aiuto di questo medesimo articolo, che la moglie che si obbliga con l'autorizzazione del marito obbliga la comunione, e che quindi pare che il compratore può trovare la garentia, non solo contro la moglie, ma ancora contro del marito o della comunione; ma abbiamo avvertito ancora che questa regola ha le sue eccezioni, e che una delle più notabili è quella che risulta dalla dottrina che veghiamo di stabilire con d'Argentrè. Qui si applica a rigore il principio: *Aliud est vendere, aliud venditioni consentire*; la ragione ne è semplice, ed è che il marito non ritrae un vantaggio reale della vendita, e dell'istesso modo della comunione. Su di che è fondato l'art. 1419 (T.)? Quale è il motivo per cui la moglie autorizzata obbliga la comunione? Ciò accade perchè il marito e la comunione ritraggono un vantaggio dall'atto fatto dalla moglie, e che l'autorizzazione non è data dal marito che in vista di tale vantaggio. Così un marito autorizza la moglie a fare il commercio, è evidente che è per profittare dei benefizi di questo commercio che il marito autorizza la moglie a farlo: è dunque giusto che la comunione che riceve i guadagni, riceve le perdite. Ma qual vantaggio, io chiedo, la comunione ricava dalla vendita di un bene personale della moglie? Se essa riceve il prezzo, non ne resta debitrice, e non deve renderlo alla moglie, la quale, sotto questo rapporto, ha una ricompensa? La ragione fondamentale dell'art. 1419 (T.) e della dottrina da noi espressa al n. 842 qui dunque manca. Partendo da ciò, il marito che non fa che autorizzare la moglie a fare una vendita senza profitto per lui non si presume esservisi associato; il caso è questo di dire: *Qui auctor est non se obligat.*

1051. È bene inteso tuttavia che l'autorizzazione del marito è sufficiente per impedirla di reclamare contra il compratore i frutti del bene personale venduto. Autorizzando la moglie, ha necessariamente rinunziato alla percezione dei frutti della cosa posta in vendita.

1052. Tali sono le idee che si devono formare del caso in cui il marito non interviene alla vendita se non col semplice carattere di marito autorizzante la moglie.

Ma spesso accade che il marito si unisce alla moglie per operare la vendita, rassicurare il compratore, offrirgli il suo credito. Allora incomincia pel marito un'obbligazione di garentia, che non potrebbe declinare.

Sembrerebbe risultare da alcune espressioni del nostro articolo, che il marito non deve garentire il compratore se non quando l'ha espressamente promesso; ma ciò sarebbe un prestare a questa disposizione un senso che non ha. Il marito promette necessariamente la garentia, sia quando vende unitamente alla moglie senza esprimere a chi appartiene il fondo. « Cum vir, et mulier coniunctim vendunt, nec exprimitur cuius fundus sit, uterque pro venditore accipiendus est », sia quando dopo di avere dichiarato che la cosa è un bene personale della moglie, si obbliga unitamente o solidalmente con lei, sia, in una parola, quando non si limita ad autorizzare la moglie ma che aderisce in un modo positivo alla vendita ed impegna la sua buona fede.

1053. Ma come il marito ha adempito una parte officiosa per la moglie come non ricava interesse dalla vendita, è giusto che sia indennizzato da costei di ciò che ha pagato al compratore per ragioni di una garentia che gli è a dire il vero estranea. Se dunque è molestato, avrà l'azione contro della moglie, sia sulla sua parte della comunione, sia sopra i suoi beni personali; tale è la disposizione del nostro articolo. Il marito è favorito, nel caso dell'art. **1432** (1403), presso a poco come lo è la moglie nel caso dell'art. **1431** (1402). Non già che sia considerato come fideiussore della moglie: il nostro articolo non gli attribuisce quella qualità, e non ne potrebbe reclamare i vantaggi, specialmente il vantaggio della surrogazione è solamente una indennità a titolo di debito, un'azione per ricompensa.

1054. Quest'azione per ricompensa non si è frattanto presentata a tutti i buoni spiriti con un carattere evidente di legittimità: vi si sono scorti gravi dubbi; si sono invocate ragioni speciose; non si avrebbe voluto che il marito, il quale temerariamente s'impegna in un affare che deve conoscere, fosse risparmiato come la moglie che si presta per compiacenza o ubbidienza agli affari che non conosce. Difatti, contro di quest'azione autorizzata dal nostro articolo, si può dire che vi è colpa del marito nel garentire la vendita di un bene la di cui proprietà fosse contrastata o equivoca; che doveva conoscer meglio gli affari della moglie; che così la perdita deve ricadere sulla comunione senza ricompensa. Questo era il parere di Lebrun, il quale pensava che il pregiudizio cagionato alla comunione derivava piuttosto dal marito che dalla moglie.

Il nostro articolo non ha diviso questo sentimento. Il principale autore del male, è la moglie, che è la vera venditrice; sarebbe un'estrema severità rendere il marito responsabile del suo uffizio; sarebbe una strepitosa ingiustizia che la moglie pregiudicasse col fatto suo alla comunione. L'assistenza che le ha prestata il marito deve rivolgersi contro di costui e merita che gli fosse ricusato un compenso alla comunione? Vi dev'essere qualità da una parte all'altra. L'opinione di Lebrun manca della giustizia distributiva.

1055. La ricompensa dovuta al marito è subordinata a ciò che ha sborsato per fare onore alla sua garentia. Se ha pagato al compratore la totalità dei danni ed interessi perchè si era solidalmente obbligato, la moglie dovrà indennizzarlo dalla totalità, se non ha pagato che la sua metà perchè non era obbligato che unitamente e per la sua parte e porzione, la moglie dovrà indennizzarlo di questa metà. Un tal debito non essendo comune, non ne deve restar nulla a peso della comunione.

ARTICOLO 1433 (T. Sopp. i n. 1056 al 1258).

Se si è veduto un immobile appartenente ad uno dei coniugi, come ancora se si fossero affrancati col denaro i servizi di un fondo dovuti agl' immobili propri di uno di loro, e che il prezzo sia stato versato nella comunione, il tutto senza reimpiego, vi è luogo alla prelazione di questo prezzo sopra la comunione in vantaggio del coniuge che era proprietario, sia dell' immobile venduto, sia dei servizi ricomprati.

SEZ. III — Dello scioglimento della comunione e di alcune conseguenze di esse.

ARTICOLO 1441 (1405) (M.)

La comunione si scioglie : 1. per la morte naturale ; 2. per morte civile ; 3. per il divorzio ; 4. per la separazione personale ; 5. per la separazione dei beni.

COMMENTARIO

1259. La comunione è una società connessa col matrimonio, e ne siegue le vicende. Formata con l'unione coniugale, si scioglie con essa. Può sussistere l'accessorio quando il principale più non esiste? Osserviamolo tuttavia ; se lo scioglimento del matrimonio trae forzosamente lo scioglimento della comunione, non ne siegue che lo scioglimento della comunione non abbia per causa unica che lo scioglimento del matrimonio. Può accadere che il matrimonio non sia rotto, e che la comunione sia nondimeno infranta per ragioni, che non essendo sufficienti ad infrangerne il legame, hanno molta gravezza onde separare i coniugi negl'interessi. Questa è la ragione perchè la separazione personale e la separazione dei beni, le quali lasciano sussistere il matrimonio sono due cause di cessazione per la comunione.

Così, vi sono cause di scioglimento della comunione che sono accessorie; ve ne sono delle principali. Ce ne ha che sono il fatto

della legge ; ce ne ha che sono del fatto dell' uomo. Esaminiamo ad una ad una queste diverse cause di scioglimento.

§ 1. Scioglimento della comunione coniugale per la morte naturale.

1260. La morte naturale scioglie ogni sorta di società : *morte socii dissolvitur societas.* Deve con più di ragione, sciogliere la società coniugale: perchè il matrimonio, in vista del quale era stata formata più non esiste. I coniugi non avevano unito le loro persone, la loro collaborazione, i di loro beni, se l'un d' essi viene a pagare il suo tributo alla natura, la causa della loro comunione svanisce. La società perde uno de'suoi membri; manca di uno dei suoi elementi. Essa non potrebbe continuare con gli eredi del defunto: perchè il superstite non trova in essi gli ausiliari che rimpiazzano colui che è stato rapito dalla morte. Questo è uno de'casi numerosi, di quell'adagio di dritto : *Mors omnia solvit* , sviluppato da Sebastiano de' Medici giureconsulto fiorentino, in un trattato scritto sotto il titolo di questo adagio.

Vi era frattanto, sotto l'impero del dritto consuetudinario , un dritto singolare: la morte, che separava il matrimonio, non separava la comunione quando il defunto lasciava figli minori al superstite; abbisognava per farla cessare un solenne inventario. Questa legge municipale era contraria al dritto comune , secondo il quale ogni società si scioglie con la morte. Ma si aveva voluto forzare il superstite a non trascurare la conservazione degl' interessi de'minori; si avevano voluto prevenire le azioni di sottrazione, le informazioni di pubblica fama ed i ruinosi litigi. Lasciamo parlare d'Aguesseau. « Obbligare i padri a fare l' inventario per prevenire le azioni di sottrazione, le pruove per via di testimoni, i litigi infiniti , che si sarebbero forzati di soffrire senza di ciò ; per far vedere la qualità e la quantità de' beni , per risparmiare ancora a'padri l'antico giuramento *in litem*, che si deferiva a'figli, con la quale erano padroni della fortuna de' loro padri, giuramento ingiurioso, infamante, ecco il primo motivo favorevole a'figli ed ai padri: a' figli perchè conserva i di loro beni; a'padri, perchè risparmia loro le liti o le conseguenze spiacevoli delle liti alle quali la mancanza d'inventario dà luogo.

» Secondo motivo: La confusione e la mescolanza de' beni, la quale fa presumere che ciò che il padre ha acquistato dopo la morte della madre o *vice versa* è acquistato *ex re communi.* Or, in generale quantunque ciò che è acquistato non siegua sempre la natura del prezzo col quale si compra, frattanto è stato stabilito in favore de'pupilli che *res ex pecunia pupillari empta pupillaris diceretur*.

» È per una simile finzione che si accorda a' minori un dritto di proprietà sugli effetti acquistati *ex re communi.*

» Infine si è considerato che le ragioni le quali avevano fatto

ammettere questa regola nel dritto romano. *Morte solvitur societas*, non convengono perfettamente alla comunione del marito e della moglie.

» 1. Perchè, se la società continuasse dopo la morte tra estranei, egli non troverebbero la stessa unione, la stessa fedeltà, la stessa corrispondenza: ma questo inconveniente non è da temersi tra il padre ed i figli; la società ordinaria darebbe agli estranei, sovente sconosciuti, per soci; la continuazione della comunione dà al superstite per soci i suoi figli.

» 2. Nelle società ordinarie, ogni socio agisce nella sua comunione, il marito o il superstite è il solo che agisce: dunque non ha nulla da temere.

1261. Lebrun ha trattato con sviluppamento questo dritto esorbitante, come lo chiama; dritto che nel sistema della consuetudine di Parigi, aveva qualche cosa di penale; perchè si era voluto punire il superstite della sua negligenza a fare l'inventario ed è in di lui odio, ed in favore de' figli, che la continuazione della comunione era stata stabilita. Pothier ha fatta una esposizione chiara, rapida e sostanziale di quest'ardua materia. Vi scorge, come Lebrun, un principio di penalità, e respinge il sentimento di Delaurière, che aveva pensato a torto che la continuazione della comunione non era che una di quelle società tacite cotanto frequenti altra volta in Francia. Pothier prova benissimo che, non avendo luogo la continuazione della comunione se non quando vi sono figli minori, è impossibile di vedere altra cosa che un soccorso accordato a questa classe di persone, e di raccordarla al sistema delle comunioni tacite, il quale riposava su di una base ben altrimenti estesa.

Egli è vero che in tutte le provincie la continuazione della comunione non era stata organizzata con le stesse mire di Parigi. In Orléans, per esempio, la continuazione della comunione non era una salvaguardia accordata a'minori; essa aveva luogo con i figli maggiori del premorto, anche con i figli del primo letto, non che co'parenti collaterali. Ad Orléans dunque la continuazione della comunione era altra cosa che in Parigi; era meno una continuazione della comunione che una novella società, formata alla morte del premorto, società tacita, fondata sulla coabitazione e sul compossesso. Ma se tale era in Orléans la fisonomia delle continuazione della comunione, non ne era lo stesso a Parigi. La continuazione della comunione era l'antica comunione che prolungava, in piena forma, nell'unico interesse de'figli minori, e per obbligare il superstite a prendere le misure di precauzione.

1262. La continuazione della comunione, tale com'era praticata a Parigi, era stata estesa dalla giurisprudenza alle consuetudini mute. Si era determinato dalla considerazione che si doveva punire la negligenza del superstite ed accorrere in soccorso de'minori.

Molte gravissime quistioni sortivano da questo dritto relativo

alla continuazione della comunione. Vi era soprattutto una combinazione che veniva a complicarla: quando il superstite, il quale si trovava in questo stato di comunione continuata con i suoi figli minori, veniva a rimaritarsi, si formava una comunione composta, una comunione da tre teste, e chiamata per questa cagione, *tripartita*; la comunione formata col secondo matrimonio si riuniva alla comunione continuata, e ne risultava un tutto composto di tre membri, i figli del primo letto, il superstite ed il nuovo coniuge.

1263. I redattori del codice civile hanno pesato con diligenza la quistione tendente e sapere se la continuazione della comunione doveva essere abrogata. Non hanno tardato a riconoscere che i vantaggi ne erano problematici, che l'evento di una felice continuazione della comunione poteva essere bilanciato dall'accidente di una cattiva amministrazione del superstite; che per altro questa materia era un riparo alle liti. Tutti gli spiriti finirono dunque col collegarsi alla soppressione di questa parte del nostro antico dritto consuetudinario. Da ciò l'art. 1442 (1406); si è rientrato nei principi del dritto comune; e si sono abbandonati quelli di un dritto esorbitante. L'art. 1442 (1406) ha provveduto con altre combinazioni agli interessi de' figli minori. Noi l' osserveremo nel nostro commentario a questo articolo.

1264. Ritorniamo allo scioglimento della comunione per la morte naturale di uno de' coniugi.

Questo avvenimento opera *ipso iure* lo scioglimento della comunione. Tal è, del resto, la regola generale in materia di società. La comunione si arresta *ipso facto* al momento della *morte*, e questa è la ragione, per cui se la vedova accetta la comunione, la sua accettazione ha un effetto retroattivo col mezzo del quale il suo dritto abituale alla comunione si converte in dritto attuale al momento della morte. La divisione che fa in seguito non è se non per dichiarare ciò di cui si era primitivamente impossessata.

§ 2. Dello scioglimento della comunione per la morte civile.

1265. La morte civile è una imitazione della morte naturale; essa produce simili effetti sopra la comunione. Nell' antica giurisprudenza, in cui la morte non toccava il legame, si riconosceva frattanto che togliendo al matrimonio gli effetti civili, doveva far cessare la comunione, che è uno degli effetti civili dell'unione coniugale. È lo stesso, con maggior ragione, sotto l'impero del codice civile, il quale che che ne dica Toullier, ha classificato la morte civile tra le cause di rottura del legame matrimoniale.

1266. Ma l'amnistia accordata al morto civile ristabilisce *ipso facto* la comunione? Potendo tale quistione essere schiarita dalle nozioni necessarie onde spiegare l'art. 1451 (1415) del codice civile, noi la tratteremo a questo luogo.

§ 3. Dello scioglimento della comunione pel divorzio.

1267. Il divorzio è una rottura civile che agisce sopra il matrimonio nel medesimo modo della rottura naturale operata dalla morte; la comunione è sciolta con la sentenza di divorzio sotto l'impero delle legislazioni le quali ammettono questa infrazione al matrimonio.

Felicemente lo stato della nostra legislazione e de'nostri costumi ci dispensa di occuparci di questo terzo modo dello scioglimento della comunione coniugale. Il divorzio è odioso e non popolare in Francia; questa è la ragione perchè gli sforzi tentati per ristabilirlo in Francia al 1848 sono rimasti inefficaci, e si può dire che sono stati accolti con un grido quasi unanime di sorpresa e di dolore ne'vari ranghi della società. Io mi congratulo di essere stato uno de'primi ad innalzare la voce per protestare contro di questa restaurazione irreligiosa, immorale ed antipolitica. I costumi democratici in nome de'quali si reclama il divorzio, lo respingono al contrario, con ragioni di uguaglianza tra i coniugi cotanto manifeste e vittoriose, che ci sorprendiamo come spiriti distinti abbiano creduto vedere in lui una conseguenza necessaria dello stato di democrazia. Lo spirito filosofico non gli è meno contrario.

§ 4. Dello scioglimento della comunione per la separazione personale.

1268. La separazione personale è pure una causa di scioglimento della comunione. I coniugi non hanno unito i di loro beni che a causa dell'unione delle loro persone: la separazione personale, pronunziata dal giudice ne'casi previsti dagli art. 306 (218) e seguenti del codice civile, deve trarre necessariamente la separazione dei beni; cioè lo scioglimento della comunione. Così l'art. 311 (T.) del codice prescrive: « La separazione personale indurrà sempre la separazione de'beni ». Il nostro articolo non fa che conformarsi a questo principio. La separazione personale ha per risultato necessario e forzato lo scioglimento della comunione. Sotto questo rapporto la separazione personale imita il divorzio, se non rompe il legame, lo allenta molto perchè l'unione de' beni non fosse più possibile tra coniugi così profondamente divisi di effetti, di sentimenti e d' interessi.

1269. Vedremo per altro per mezzo dell'art. 1451 (1415), che la comunione sciolta con la separazione de' beni, conseguenza della separazione personale, può essere ristabilita col consenso dei coniugi.

§ 5. Dello scioglimento della comunione per la separazione dei beni.

1270. Quantunque i coniugi restino uniti con le persone, può frattanto accadere che la comunione d'interessi non sia più possibile tra di loro, in conseguenza della cattiva amministrazione del marito. La legge che ha unito i coniugi pel loro interesse non vuole che restino comuni quando l'interesse della loro società è compromesso: di allora la separazione de' beni, della quale si è specialmente trattato negli art. 1443 (1407) e seguenti. Vedremo che la separazione de'beni, quando non siede sulla base del contratto di matrimonio, non può essere che giudiziaria, e che di più, non può essere pronunziata che sulla dimanda della moglie contro del marito cattivo amministratore. La separazione de'beni è un soccorso accordato alla moglie per salvare la sua dote, prevenire la rovina totale della comunione, e conservare a'figli un resto di patrimonio. Questo dritto, aperto alla moglie, pone allato dell'onnipotenza del marito un contrappeso salutare. La moglie non è abbandonata senza difesa al dispotismo dissipatore di un uomo che non intende il linguaggio della ragione e della prudenza.

1271. Ma come la separazione de'beni induce un gran cambiamento nella situazione de'coniugi rapporto a'terzi, come è possibile che racchiuda de'lacci nocivi al credito, la legge ha dovuto prendere delle precauzioni perchè sia grave e pubblica. La separazione giudiziale de' beni fondata sull'equità non dee diventare una sorgente d'ingiustizia. Vedremo nel corso di questa sezione le misure prese dal legislatore per arrivare a questo scopo.

§ 6. Altre cause di separazione.

1272. Vi erano nell' antico dritto francese altre cause di separazione di beni.

Il furore e la demenza del marito accordavano alla moglie il dritto di domandare la separazione de'beni: perchè la comunione mancava del suo capo, le condizioni della sua organizzazione erano svanite. Oggi il furore e la demenza non possono dar luogo che all'interdizione.

1273. Secondo certi statuti di Alsazia, la comunione era sciolta con l'abbandono che il marito faceva della moglie. Oggi un tale stato di cose potrebbe al postutto dare materia ad una dimanda di separazione personale, per causa d'ingiuria grave, e la separazione de' beni non sarebbe che una conseguenza della sentenza della separazione personale.

Checchè ne sia, e ritornando alla giurisprudenza alsace, la quistione si è presentata nel sapere se, una moglie essendo stata abbandonata dal marito prima della promulgazione del codice civile, costui potesse, dopo questa promulgazione reclamare a titolo di co-

muue, gli acquisti fatti dalla moglie sino al momento della sua morte. La negativa è stata decisa con arresto della camera civile della corte di cassazione del 4 agosto 1829

1274. L'abbandono non è qualche volta che la conseguenza dell'assenza. Ciò ci mena a parlare dell'influenza dell'assenza sullo scioglimento della comunione.

Sin che l'assenza è presunta, la comunione non è colpita nella sua esistenza. Basta di prendere le misure conservatorie indicate dalla necessità ed autorizzate dall'art. 112 (118) del codice civile e dall'art. 1427 (1398), che abbiamo analizzato.

1265. Ma quando l'assenza è dichiarata, il coniuge presente è padrone di domandare lo scioglimento provvisorio della comunione, o di proferire la continuazione della comunione assumendo o conservando l'amministrazione de' beni dell'assente. Questo è una teoria interamente nuova ammessa dal codice civile.

Nell'antica giurisprudenza, gli uni sostenevano presumersi cho la comunione sussistesse fino a cento anni, epoca presunta la più lunga vita dell'assente secondo loro, la moglie godeva di tutti i beni della comunione, aveva l'amministrazione, soltanto era obbligata a dar cauzione; in quanto al guadagno di sopravviveoza ed al suo dotario, si voleva in quel sistema, che la moglie non ne avesse il godimento, sulla ragione che per dare adito a questi dritti, facea d'uopo di una sopravvivenza avverata, e che la semplice presunzione non era sufficiente.

De Lamoignon voleva, al contrario, che la comunione fosse provvisionalmente sciolta, cinque anni dopo le ultime nuove; allora la moglie otteneva sotto cauzione, la consegna del suo dotario e delle altre convenzioni matrimoniali. Questo era pure il parere di Bretonnier. Ma questo autore opinava che i guadagni di sopravvivenza, l'antiparte ed il dotario, non potevano essere consegnati alla moglie se non dopo dieci anni di assenza del marito. Pothier insegnava pure che lo scioglimento provvisorio doveva aver luogo dal giorno in cui gli eredi presuntivi avevano, dopo il tempo di assenza richiesto, formato contro il coniuge presente la dimanda di possesso de'beni dell'assente, ovvero dal giorno in cui il coniuge presente avesse agito contro gli eredi dell'assente per ottenere questo scioglimento.

Noi l'abbiamo detto: il codice civile è entrato in questo punto per vie tutte nuove. Vuole che il coniuge presente sia padrone di continuare nella comunione o di scioglierla a suo talento. Il primo console fu il primo che pose avanti questa idea piena di saviezza. Rappresentò che si doveva provvedere affinchè la moglie se non fosse strappata dalla casa del marito, tolta alle sue abitudini ed alle sue affezioni per l'interesse de' collaterali, che non potrebbe essere in una maritata e non maritata; che non deve stare in potere degli eredi del marito il torle il suo stato, se vuole conser-

varlo. La sorte della moglie sarebbe troppo affliggente, se l'assenza del marito le facesse perdere i vantaggi della loro unione.

Queste considerazioni parvero determinanti. Si decise dunque che se il coniuge voleva scegliere la continuazione della comunione, ne era padrone, che in questo caso, in vece di dare l'amministrazione de'beni agli eredi dell'assente, si darebbe al coniuge presente. Così, la volontà del coniuge in comunione di beni, può paralizzare i dritti provvisori di tutti coloro che si presentano come eredi presuntivi, eredi testamentari, legatari ec. Il coniuge presente è sembrato preferibile. E di fatti il matrimonio sussiste a suo riguardo; l'assenza non lo scioglie; gli è pure interdetto di rimaritarsi. Era dunque ragionevole il permettere che questo matrimonio continuasse a produrre tutti gli effetti civili in vantaggio del coniuge presente. Per altro la comunione è una società ed il socio che si trova sopra i luoghi ha maggiore interesse alla prosperità degli affari comuni degli eredi che vi sono stranieri.

Si dirà forse che vi è qualche ardimento nell'abbandonare alla moglie l'amministrazione della comunione. Ma l'obbligazione che ha di far l'inventario la pone nell'impossibilità di dilapidare. Del resto, non accade sovente, quando il marito muore lasciando figli, che la moglie amministra senza inconvenienti e senza pericoli la intiera fortuna di essa e de' suoi figli, più favoriti degli eredi presuntivi.

Ma nulla obbliga il coniuge presente a scegliere la continuazione della comunione. Un beneficio è questo introdotto in suo favore: ei può rinunziarvi. Il codice civile gli ha dunque conferito il dritto di domandare lo scioglimento provvisorio della comunione. In questo caso, egli esercita le sue riprese e tutti i suoi dritti legali e convenzionali, col peso di dar cauzione per le cose suscettibili di restituzione.

1276. Si domanda se vi è un termine durante il quale il coniuge è tenuto di fare la sua scelta. L'art. 124 (130) non ne stabilisce, e non ne era necessario di stabilirlo. La legge se ne riporta all'interesse del coniuge presente, alla vigilanza degli eredi presuntivi, i quali avranno sempre il mezzo di forzare il coniuge a pronunziarsi.

1277. Il coniuge che sceglie la continuazione della comunione non ha bisogno di farsi immettere in possesso dal giudice come nel caso degli articoli 121 e 123 (128 e 129); diviene amministratore legale de' beni dell'assente. L'art. 124 (130) dice che *assume* o *conserva* l'amministrazione: la conserva, quando il marito è quello che si trova nello stato di assenza. Allora la moglie è chiamata a supplire il marito, e prende l'amministrazione di sua piena autorità, la prende col fatto, senza il concorso del giudice.

1278. Ma non l'assume con l'estensione che aveva nelle mani del marito; non può fare se non quello che potrebbe fare in sua vece un amministratore ordinario.

1279. Se la moglie sceglie la continuazione della comunione, essa conserva il dritto di rinunciarvi in seguito. Quando, difatti, assume l'amministrazione della comunione, non ne conosce le forze È possibile che scuopre in seguito, debiti de'quali ignorava la esistenza, è possibile ancora che gli affari incominciati dal marito, sotto favorevoli auspici, riescono male: la moglie ben potrebbe essere responsabile di tali avvenimenti. Il peso che s'impone continuando la comunione non può privarla del dritto acquistato di rinunziarvi.

1280. Se l'assenza ha durato trent'anni dopo l'epoca nella quale il coninge in comunione ha preso l'amministrazione de'beni dell'assente, la comunione si scioglie diffinitivamente.

ARTICOLO 1442 (1406)

La mancanza d'inventario dopo la morte naturale o civile di uno dei coniugi non dà luogo alla continuazione della comunione, salve le azioni alle parti interessate, relativamente alla pruova della esistenza dei beni comuni: la qual pruova potrà farsi tanto per documenti, quanto per pubblica fama.

Se vi sono figli minori, la mancanza d'inventario fa inoltre perdere al coniuge superstite il godimento delle loro rendite; ed il surrogato tutore che non l'ha costretto a far l'inventario, è solidalmente tenuto con lui a tutte le condanne che potessero pronunziarsi a favore dei minori.

COMMENTARIO

1281. Abbiamo veduto di sopra che la morte naturale o civile di uno dei coniugi pone fine alla comunione, che questo scioglimento ha luogo di pieno dritto; che il codice ha respinto il sistema della comunione continuata, ammessa dagli art. 240 e 241 della consuetudine di Parigi, nel caso in cui il superstite avendo figli minori non avesse potuto far l'inventario.

Si sa che questo sistema della continuazione della comunione emergeva da un'idea penale e dalla volontà di proteggere i figli minori contra la negligenza del superstite. Dobbiamo dire che sopprimendo la continuazione della comunione, il codice civile abbia lasciato i figli minori senza difesa in faccia di un padre o di una madre dimentichi de'loro interessi? In nessun modo. La continuazione della comunione è soltanto rimpiazzata da una combinazione parimente protettrice o esposta a minori inconvenienti.

1282. Per ben comprendere in che consiste, si deve insistere su di un pensiero fondamentale in questa materia: ed è che ogni

scioglimento di comunione dà luogo alla formazione dell'inventario: perchè il superstite conoscendo gli elementi attivi e passivi della comunione, deve giustificarne presso gl' interessati e mostrare la estensione del suo possesso. L'inventario è un preservativo contro le dilapidazioni e le frodi, mentre che la mancanza d' inventario fa sospettare della condotta del superstite e genera una spiacevole confusione. Ma la pena della mancanza d'inventario sarà la stessa quando le persone interessate, le quali soffrono dell'oscitanza del superstite, saranno maggiori o minori ? Si deve fare evidentemente una differenza, e questa differenza risulta chiaramente dalle disposizioni del nostro articolo.

1283. Se gli eredi sono maggiori, non sarebbe giusto d'imporre una penalità esorbitante al superstite per la mancanza dell'inventario. Così l'antica giurisprudenza non vi aveva mai pensato. I maggiori hanno potuto a rigore forzare il superstite a fare l'inventario. Se hanno giudicato inutile o troppo rigoroso d'impiegare la forza a suo riguardo, basterà loro di provare lo stato de' beni e degli effetti comuni, tanto con titoli che con testimoni. La pruova per mezzo de'testimoni riposando sulla pubblica fama, *rumor viciniae*, sarà la sola pena ragionevole che il superstite avrà incorso colla sua omissione.

1284. Osserviamo qui una grave inavvertenza di Toullier. Questo autore pensa che la pruova per pubblica fama non è autorizzata dal nostro articolo in favore degl'interessati maggiori, che questo mezzo di pruova, eccezionale ed esorbitante, non è stato concesso se non a' minori per compensare in parte l'abolizione della continuazione della comunione; ma che l'art. 1442 (1406) non è applicabile al caso in cui non esistono che interessati maggiori, i quali hanno potuto, con i mezzi ordinari, provvedere alla conservazione de'loro dritti. Questo è un grave errore di Toullier, e, per convincersene, basta di gettare gli occhi sopra l'art. 1442 (1406). Leggete, difatti, il primo paragrafo di questo aricolo ; legatelo poscia col paragrafo che segue ; vedrete che se la penalità pronunziata da questo secondo paragrafo è espressamente dichiarata speciale pe' minori, ciò accade perchè essendo il primo generale ed applicandosi a'maggiori come a' minori, era necessario di far conoscere che il secondo paragrafo, entrando in una via più grave di severità, lasciava da canto i maggiori de'quali il primo paragrafo si occupava.

Del resto l'art. 1442 (1406) è stato interpetrato in questo senso da Duveyrier nel suo discorso al tribunato: « Per la conservazione di tutti gl'interessi, l'art. 1442 (1406) autorizzate le parti interessate, *senza distinzione*, a costrigere ed a pruovare, tanto con titoli quanto per testimoni, lo stato de'beni e degli effetti comuni, all'epoca dello scioglimento della comunione ».

E qual è dunque il mezzo che avrebbero i maggiori per pruovare lo stato della comunione ? Si dirà che avevano il dritto di

provocare l'inventario, e che devono accusare se stessi di non averlo fatto? Ma riflettiamo alla posizione di questi interessati rapporto al superstite; non obliamo che sono figli o prossimi parenti. Che! si biasimeranno con una inesorabile severità, per avere usato riguardi o condiscendenza al coninge superstite! Sarebbero colpevoli di essere stati rispettosi verso di lui.

1285. Del resto, ne convenghiamo, la pruova per pubblica fama ha un carattere eccezionale. Dessa non è senza pericoli. I testimoni, invece di deporre sopra fatti precisi, vengono a verificare delle opinioni, degl'inteso dire, delle credenze, le quali sono piuttosto l'altrui sentimento personale. Ma questa è una necessità della posizione. Il superstite non potrebbe dolersene perchè non ha fatto l'inventario? Egli ha commesso una colpa; è punito in quel che ha peccato.

1286. Beninteso del resto che i giudici hanno tutta la latitudine per pesare i risultati della prova, e determinare, secondo gli altri elementi della causa, le forze della comunione. Mettendo in bilancia le pruove scritte e la pruova testimoniale, possono restringere come temerario ed ingiusto il pubblico rumore, *rumor viciniae*, possono riferirsene alle carte di famiglia, alle lettere, alle note. Il loro dovere è di ricercare la verità; non hanno altri limiti in questa via che la loro coscienza e la giustizia.

Possono anche allontanare la pruova anticipatamente, se si accorgono che sarà insufficiente o inefficace.

1287. Vediamo adesso, il caso in cui ci sono figli minori. Qui la penalità si aggrava; essa pesa contro del superstite, non per la continuazione della comunione, come per antico dritto, ma togliendogli l'usufrutto legale risultante dall'art. 384 (283): ciò che non impedisce, che onde pervenire alla conoscenza delle forze della comunione, non si possa ricorrere alla prova per pubblica fama, autorizzata in favore degli interessati quali che si fossero, e soprattutto dei minori, dalla prima parte dell'art. 1441 (1406).

1288. Ma ciò non è il tutto: una severa responsabilità si estende sul tutore surrogato. Incaricato di sorvegliare il dritto de' minori, deve abbadare onde il superstite facesse l'inventario. Se divide la negligenza col superstite, è solidamente soggetto a tutte le condanne pronunziate in profitto de' minori.

Si è preteso, innanzi la camera de'ricorsi della corte di cassazione, che questa responsabilità del tutore surrogato non potesse essere applicata al caso in cui fosse stato nominato lungo tempo dopo l'entrata in funzione del tutore. Si sosteneva che il tutore surrogato non poteva essere condannato se non quando era stato investito delle sue funzioni in tempo utile per potere esigere l'inventario; ma che non doveva essere altrimenti quando non era rivestito che ad un'epoca in cui da lungo tempo vi era stata confusione e godimento senza inventario. Ma con arresto del 12 aprile 1848, questo sistema è stato respinto, l'art. 1442 (1406) non di-

stingue: in qualunque epoca il tutore surrogato entra in funzione, ha il dovere di far cessare tale confusione nociva, e di mettere al coperto l'interesse de'minori. Più che il male ha durato, più è urgente di farlo cessare. Il tutore surrogato vi si associa con pigliando le misure necessarie per porvi un termine.

1289. Tali sono le pene che trae la mancanza d'inventario; tali sono i mezzi di rigore organizzati dalla legge per forzare il superstite a verificare le forze della comunione. Questi mezzi sono sufficienti; non si devono aggravare. Per esempio, la mancanza d'inventario non priva la moglie del dritto di esercitare le sue azioni.

1290. L'art. 1442 (1406) non ha, del resto, fissato il termine per fare l'inventario. Si deve dire che non vi è nessun termine fatale, e che il superstite ha una illimitata latitudine per verificare le forze della comunione. Sarebbe lo stesso che dire essere l'inventario una formalità vana ed illusoria. Perchè è soprattutto al cominciamento del godimento del superstite, è soprattutto quando le cose sono ancora integre, che è necessario di prendere sul fatto la situazione dell'attivo e del passivo. Che un tempo ragionevole sia accordato al superstite per piangere la perdita dolorosa che vien di fare, nulla di più giusto e di più convenevole. Ma, scorso questo tempo, non è meno giusto che ei pensi agl'interessi dei terzi, che metta in ordine i titoli e le carte e che verifichi lo stato della comunione. Così l'antica giurisprudenza esigeva che l'inventario necessario per prevenire una continuazione della comunione fosse incominciato nei tre mesi dalla morte del premorto, e che fosse chiuso e perfezionato nei tre mesi a contare dal giorno in cui era stato incominciato. Questi tre mesi erano una tregua legale lasciata agli affetti di natura. Tutte le azioni rimanevano in sospeso. Ma scorso questo tempo la continuazione della comunione era di dritto.

1291. Sotto il Codice civile, in cui la giurisprudenza ha meno arbitrio di quello dell'antico dritto, sotto il Codice civile, in cui i tribunali sono incatenati dai testi, come risolvere la nostra quistione in assenza di una disposizione precisa.

Onde pervenire ad uno soddisfacente risultato, distingueremo tra il caso in cui il superstite si trova in rapporto coi suoi figli minori, che lo pretendono decaduto del suo usufrutto, ed il caso in cui il superstite ha da agire con i terzi che domandano di provare con la pubblica fama le forze della successione.

Nella nostra prima ipotesi, pensiamo, non ostante il silenzio dell'art. 1442 (1406), che l'inventario dev'essere fatto ne'tre mesi a contar dalla morte. Si può autorizzare tale opinione con gli articoli 794, 795 e 1456 (711, 712 e 1421), e trarre da queste disposizioni lo stesso partito che l'antica giurisprudenza aveva tratto dall'ordinanza del 1667. Supponghiamo, che sia premorto il marito: che! quando la moglie sopravvive senza figli e che non deve

curare se non gl'interessi di terzi estranei, abbisogna, se vuole conservarsi il dritto di rinunziare alla comunione che facesse inventario ne' tre mesi dalla morte del marito, se no perde questo dritto ed è obbligata di restare in comunione secondo l'art. 1456 (1421); e si vorrebbe che ne fosse altrimenti, si vorrebbe che avesse una latitudine indeterminata per fare l'inventario, quando, madre e tutrice dei figli minori, deve vegliare al loro interesse e prevenire una disgustosa confusione? Non potrebbe essere così: evidentemente. i tre mesi di rigore nel caso dell'art. 1456 (1421) lo sono ancora nel caso dell'art. 1442 (1406). Questo inventario che deve esser fatto, serve nello stesso tempo e alla moglie per conservare il suo dritto di rinunsia, ed a' figli per verificare le forze della comunione. Non si concepisce, quindi, come sarebbe degno di considerazione se fosse fatto dopo i tre mesi dalla morte. Potrebbe valere nel caso dell'art. 1442 (1406) e non valere nel caso dell'art. 1456 (1421). Dovrebbero i figli minori subirlo quando la madre loro, l'offre per provare che tal e tali altri oggetti non fanno parte della comunione, o che tali o tali debiti ne dipendono. Potrebbero allo stesso istante ripudiarlo quando la loro madre lo eccepisse per rinunziare alla comunione?

E non è il tutto: la madre tutrice deve accettare la successione del padre sotto il beneficio dell'inventario, nell'interesse de' suoi figli. Perciò, è tenuta di fare un esatto e fedele inventario nel termine degli art. 794 e 795 (711 e 712) del Codice civile, cioè ne' tre mesi. Questo inventario è necessariamente comune alla madre ed a' figli, ed è destinato a provvedere a tutte le precauzioni, che la legge ha intenzione di prendere. In tre mesi si ritrova dunque in ogni maniera ed in qualunque punto di vista vogliamo porci.

Infine la madre, come tutrice, è obbligata, secondo l'art. 451 (354) del Codice civile, di fare incominciare l'inventario de' beni de' minori ne' dieci giorni dalla sua entrata in funzione. Or la parte de' figli nella comunione è evidentemente uno degli elementi della fortuna de' minori. Dunque, tutto si accorda per pruovare che la madre deve far procedere senza dilazione all'inventario: che questo è uno de' suoi primi atti, sia nel di lei interesse, sia in quello de' figli, che il termine di tre mesi è un termine legale, ragionevole, necessario, e che vi sarebbe pericolo nel guadagnare il limite.

1292. Adesso, è la moglie che premoore, il padre, tutore dei figli minori, è ancora tenuto a far redigere ne' dieci giorni l'inventario de' beni di questi ultimi; e' pure, deve dunque procedere con prontezza alle esecuzione di queste formalità, senza di cui tutto può trovarsi compromesso; egli pure infine, è obbligato di accettare per loro la successione sotto il benefizio dell'inventario, ed in conseguenza di fare l'inventario ne' tre mesi. Il termine dei tre mesi dunque l'obbliga come la madre, e tutto si oppone alla

pretensione di un termine indeterminato. Dunque, la perdita del suo usufrutto legale sarà la pena del ritardo.

1293. Proudhon professa, come noi, tali idee, le quali oggi sono presso a poco dominanti. Ma le modifica in un punto importante e toglie loro, con un temperamento che non adottiamo, una parte della loro forza. Confessa, che un inventario, fatto al di là de' tre mesi, toglie al superstite il dritto di conservare i frutti percepiti prima. Ma pretende che, se dopo i tre mesi il superstite fa l'inventario, sarà rilevato dalla decadenza per l'avvenire, sotto condizione tuttavia che sarà certo che non vi siano state fraudolenti sottrazioni, e che la comunione sarà stata conservata nel suo stato primitivo nella totalità o in poca cosa. Che se gli elementi della comunione non sono presenti, si deve fare una pruova per pubblica fama, onde ritrovarli, allora il superstite non potrà pretendere l' usufrutto. Sarebbe contraddittorio il liberarlo dalla pena della perdita dell' usufrutto, quando la sua colpa lo espone alla procedura quasi penale della pruova per pubblica fama.

Si vede che Proudhon trasforma la quistione in un punto di fatto. Sovente è una maniera comoda di trarsi d'intrigo; ma pel momento attuale, noi vi scorgiamo delle difficoltà.

1294. Cominciamo col prendere atto di ciò: Proudhon riconosce che, quando la pruova per pubblica fama è necessaria onde ritrovare gli elementi della comunione, l'usufrutto è perduto diffinitivamente e senza ritorno.

Ma un inventario fatto dopo i tre mesi non autorizza gl' interessati a sospettare le frodi, e a dimandare che la pubblica fama fosse invocata per verificare una situazione di cui il superstite ha potuto cambiare le condizioni? Se si fosse proceduto regolarmente sarebbero stati apposti i sigilli; si sarebbero inventariati con cura ed esattezza il mobiliare, i titoli, il denaro. Ma nulla di tuttociò. Alla fine di un anno, di due anni, di tre anni il superstite si avvisa far l' inventario! E quale garentia dà che il mobiliare è intatto, che il denaro non è stato distornato o speso, che tutte le carte sono prodotte, ei dà la sua parola e la sua dichiarazione. È questo, dimando, ciò che la legge ha voluto? Non è un far dipendere dall' arbitrio del superstite una situazione della quale egli non ne è il solo padrone? Non è precisamente per impedire questo abuso, che la legge armandosi di severità, ha pronunziato la decadenza dell' usufrutto?

Alla buon' ora, si dice, ma infine ecco un inventario contro di cui non si articola la frode. Or l'art. 1442 (1406) non pronunzia la decadenza dell'usufrutto se non quando non vi è inventario. Non risponderemo che non è un far l' inventario il farne uno così tardivo. Che ha voluto il legislatore? Far conoscere lo stato delle cose al momento dello scioglimento della comunione, o, ciò che vale lo stesso, nei tre mesi; or, ciò che si verifica, si è lo stato delle cose ad un' altra epoca o molto più tardi. Vo-

dite che questo stato di cose non ha cambiato: questa è la quistione, e la legge ha voluto che si prevenga tale quistione, prendendo la comunione sul fatto al momento in cui le cose sono tuttora intere.

So bene che, nell'antica giurisprudenza, l'inventario tardivo faceva cessare la continuazione della comunione per l'avvenire; ma non è questa una ragione per dire, sotto il Codice civile che l'inventario tardivo deve fare cessare il decorrimento dell'usufrutto. La comunione per dritto consuetudinario cessava, perchè nessuno può essere obbligato di rimanere indiviso. Non si poteva impedire al superstite di manifestare la volontà di rompere questa continuata società: *Nemo tenetur invitus remanere in societate.* Il Codice civile è concepito sotto un altro sistema: pronunzia una pena; fa incorrere nella decadenza, per la mancanza dello adempimento di una condizione. Or, *defecta semel conditio non restauratur.*

1295. L'opinione che adottiamo è quella che ha riunito il più gran numero di partigiani. Essa sola allontana l'arbitrio, dà alle parti regole sicure di condotta, ed interpetra con fermezza l'art. 1442 (1406).

È questo è quanto ha pure giudicato la Corte di Douai con arresto del 15 novembre 1833. Ha opinato che un inventario tardivo, fatto sei anni dopo lo scioglimento della comunione, non rileva dalla decadenza una volta incorsa: *Frustra impletur semel defecta conditio.* L'inventario fatto tardivamente si presume fraudolento. Invano si accorderebbe che il superstite sarà privato dell'usufrutto legale sino alla redazione dell'inventario. Questa concessione, fatta pel passato, non potrebbe salvare l'avvenire. L'inventario tardivo non fa rivivere il dritto di usufrutto per l'avvenire; non ristabilisce il padre o la madre in un dritto definitivamente abrogato.

Si potrebbe opporre un arresto della Corte di Caen del 18 agosto 1842; ma è da osservare che, nella specie di questa decisione, l'inventario era stato fatto *poco dopo i tre mesi*, *alcuni giorni più tardi*; che questo leggiero ritardo era stato cagionato (notatelo bene) *dalla posizione in cui si era trovato il notaro che ne era incaricato*; che non si poteva imputare nulla al padre superstite; che *non aveva disposto di nulla e che tutto era stato fatto con la più grave fedeltà.* In queste circostanze il prelodato arresto ricusa di pronunziare la decadenze del dritto di usufrutto. Checchè ne abbiano pensato taluni compilatori, questo non è un arresto di principio che faccia antagonismo con l'arresto di Douai; un arresto di circostanza è questo, dettato da ragioni di equità attinte nel fatto e soprattutto in un avvenimento indipendente dal superstite. Il giudice più severo sul dritto potrebbe accettare tale arresto senza compromettere le sane dottrine. La legge romana

non si opponeva che si ricevessero le giuste scuse del tutore che aveva differito, per motivi legittimi di farne le sue diligenze.

1296. Veughiamo adesso al caso in coi il superstite si trova in rapporto non più a' figli minori che chiedono la decadenza dell'usufrutto, ma degli eredi maggiori del premorto, la di cui pretensione è di combattere l'inventario tardivo con la pubblica fama. Noi diciamo che vi hanno dritto, e che un inventario fatto dopo tre mesi non potrebbe offerir loro le garentie desiderabili. Se la mancanza d'inventario nei tre mesi è una sì grande omissione che priva il padre e la madre dell'usufrutto legale, perchè dunque si concepirebbero scrupoli sull'ammissibilità legale della pruova per pubblica fama, che è una pena meno grave di tale omissione? Non perdiamo di vista che l'inventario tardivo si presume fraudolento, e che, quando si tratta di combattere la frode, la legge toglie le ordinarie barriere.

Non si obblierà del rimanente, quel che abbiamo detto *supra* del dritto dei giudici di ricusare la pruova se non se ne può augurare nulla di utile o di concludente.

1297. Non basta che l'inventario fosse fatto nei termini; fa d'uopo ancora che sia regolare. Un inventario irregolare non allontanerebbe sospetti di frode. Ogni inventario, per formare stato, deve essere fedele, esatto e conforme alle regole di procedura.

Quali sono le condizioni richieste perchè un inventario fosse legale. Fa d'uopo primieramente che sia fatto con un legittimo contraddittore. Il legittimo contraddittore qui è la parte interessata; e se questa parte interessata è un figlio minore, il superstite, il di cui interesse è in opposizione con lui, deve chiamare il tutore surrogato.

1298. Ma il tutore surrogato potrà farsi rappresentare da un procuratore?

Proudhon si pronunzia in generale per la negativa. Gli sembra che la legge esige la presenza del tutore surrogato in persona, e che le sue funzioni non sono tali da essere delegate senza necessità. Opina frattanto che, se il tutore surrogato è ritenuto da una missione del governo, da un servizio pubblico, da un'altra causa indispensabile, sarà autorizzato a farsi rimpiazzare da un procuratore.

Crediamo frattanto con Pothier, il *nuovo Denisart*, e Toullier, che il tutore surrogato può farsi rappresentare da un procuratore. Il mandato è sempre permesso, a meno che non sia proibito. In verità, si cita un arresto del parlamento di Parigi, che aveva deciso che la presenza del tutore surrogato non è supplita da un procuratore. Ma tale arresto fu emesso in circostanze particolari: la madre aveva scritto al tutore surrogato di non fare difficoltà di accettare l'inventario, che l'indennizzerebbe di tuttocciò che potrebbe essere preteso contro di lui; ed il tutore surrogato aveva inviato alla madre la sua procura.

1299 Del rimanente, non basterebbe che il tutore surrogato avesse approvato l'inventario con una firma finale; fa d'uopo che firmi l'inventario ogni giorno. Desso è chiamato per contraddire il superstite in tutto quello che fa: or la sua presenza o quella del suo mandatario deve essere assidua e continua.

1300. L'inventario deve essere fatto innanzi notaro. Tale era l'antica giurisprudenza, tale è ancora quella del codice civile, la presenza del notaro è una garentia; previene le sottrazione. In ogni tempo l'inventario ha richiesto la presenza di un pubblico uffiziale: *per ordinarii officii sollicitudinem, bonorum eius indagatio diligentissime celebratur*, diceva la legge 7, C., *de bonis praescript.* si trova ancora nella legge 24, D., *de adm. tutor. Tutores vel curatores, mox quum fuerit ordinati* SUB PRAESENTIA PUBLICARUM PERSONARUM, *inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt.* Un inventario sotto firma privata non potrebbe essere l'inventario regolare e perfetto che esige la legge.

1301. L'inventario deve esser fatto di buona fede, senza celamenti nè sottrazioni fraudolenti. Non si confonderà del rimanente la semplice omissione col celamento. La semplice omissione, risultato della distrazione, è riparabile; gl'interessati potranno dimandare lo ristabilimento degli oggetti omessi. Ma la sottrazione rende l'inventario nullo; fa perdere il dritto all'usufrutto, come priva la moglie del dritto di rinunziare alla comunione; l'inventario non ha valore per la sua sincerità; la menzogna lo vizia radicalmente.

1302. Vi sono altre formalità prescritte dal codice di procedura. Noi rinviamo agli articoli 942 (1018) e seguenti del codice di procedura civile.

1303. Le spese dell'inventario sono a carico di tutti i comunisti. L'inventario è nell'interesse di tutti; tutti vi devono contribuire.

1304. Tali sono i punti principali che era necessario di schiarire per arrivare alla completa intelligenza dell'art. 1442 (1406).

Osserviamo adesso che questo articolo, quantunque posto sotto la rubrica della comunione legale, è ancora la legge del superstite, nel caso in cui la comunione non è se non una comunione convenzionale ridotta agli acquisti. Vi è anche ragione di decidere; perchè la comunione convenzionale, come la comunione legale, lascia gli effetti comuni in una massa sociale, di cui è importantissimo che le forze sieno avverate.

1305. Ma l'art. 1442 (1406) non è fatto per il caso in cui i coniugi sono maritati sotto il regime dotale. La opinione contraria insegnata da Toullier Rodière e Pont è tendente a privare il superstite dell'usufrutto legale quando non ha fatto l'inventario, non si appoggia nessun testo; essa ha il grave pericolo di estendere una pena per analogia; ciò che non deve mai farsi. La pri-

vazione dell'usufrutto pronunziata dall'art. 1442 (1406) del codice civile, non è stata stabilita che per rimpiazzare la continuazione della comunione dell'antica giurisprudenza, o come diceva Treilhard, « Non ha dunque relazione se non al caso in cui vi è comunione, non potrebbe avere nessuna influenza quando vi ha separazione d'interessi ed assenza da ogni comunione. L' usufrutto legale dello ascendente superstite rimane allora sotto l'impero del dritto comune. Or il dritto comune non dice a nessuna parte (all'infuori del caso della comunione) che la mancanza d'inventario è pel superstite usufruttuario una causa di decadenza. In nessun modo questa negligenza è punita con la perdita del dritto. Il superstite non può essere forzato a subire una pruova per pubblica fama, quando questo genere di pruova è giudicato necessario per arrivare alla conoscenza della verità; può essere condannato ai danni ed interessi. Ma giammai si è ritrovato in dritto, che per questo solo motivo, fosse colpito di decadenza non è pronunziata dall'art. 1442 (1406) che nell'unico caso in cui vi è comunione, ed in cui l'antico dritto sopponeva il superstite alla continuazione della comunione in pena della sua omissione. È manifesto, allora, che la privazione dell'usufrutto oggi non ha luogo se non quando la continuazione della comunione altre volte aveva luogo ». Tutto ciò che si è voluto, si è di dare alla minore età qualche cosa di meglio dell'imbarazzo dell'azzardo di una continuazione della comunione.

1306. Ci resta a dire una parola su di una quistione transitoria alla quale da luogo l'art. 1442 (1406).

Abbiamo detto che la disposizione dell'art. 1442 (1406) è introduttiva di un nuovo dritto.

Supponghiamo che dei coniugi si siano maritati, senza contratto di matrimonio sotto l'impero della consuetudine di Parigi; lo scioglimento della loro comunione accade dopo la pubblicazione del codice civile. Si potrebbe pretendere esser questo un fare produrre all' art. 1442 (1406) un effetto retroattivo, un dargli influenza sulle conseguenze di un matrimonio contratto con l' idea che la continuazione della comunione sarebbe l' effetto della mancanza d'inventario? No! la continuazione della comunione era una pena; questa pena è stata rimpiazzata da un'altra pena con l'art. 1442 (1406): le penalità sono del dominio arbitrario del legislatore. L'omissione ha avuto luogo sotto il codice civile; la colpa è stata commessa dopo la sua promulgazione: deve dunque essere punita con la pena prescritta dal codice civile, e non dalla pena pronunziata prima.

1307 Ne sarebbe lo stesso allorquando i coniugi avessero fatto un contratto di matrimonio e dichiarato di sottoporsi alla consuetudine di Parigi. L'esistenza di una espressa volontà, che dichiara precisamente prendere per base uno statuto il quale ammetteva la continuazione della comunione, non cambierebbe nulla al punto

di dritto. La legge moderna non vuole la continuazione della comunione, perchè questa pena è piena d' inconvenienti, essa la rimpiazza con una pena più efficace. La legge attuale supera l'antica legge, allorchè la colpa è stata commessa dopo la sua promulgazione.

La corte di Bordeaux ha deciso altrimenti con arresto del 5 gennaro 1826. Due coniugi, maritandosi, avevano dichiarato nel loro contratto di matrimonio, rogato prima del codice civile, di volere regolare i di loro interessi con le disposizioni della consuetudine di Parigi. La corte di Bordeaux opinò che questa clausola, facendo di tale consuetudine la legge vivente del matrimonio, aveva la stessa virtù come se tutte le disposizioni della consuetudine di Parigi fossero state scritte in questo contratto; che quindi i coniugi avevano inteso, con una espressa convenzione, che la mancanza d'inventario trarrebbe la continuazione della comunione; che questo era uno de'patti del loro matrimonio, una continuazione della loro unione. Dunque, il matrimonio, venendo sotto il codice civile a sciogliersi, il cambiamento di legislazione che risulta dall'art. **1442** (1406) non doveva influire su di una situazione regolata in un modo diverso dal voto delle parti. Vi è in luogo dello scioglimento legale e delle sue conseguenze uno scioglimento convenzionale che deve superarla.

Ci è impossibile di uniformarci a questa dottrina, ed opiniamo con Rodière e Pont che questo arresto è vizioso. La corte di Bordeaux non ha fatto attenzione che l'art. **1442** (**1406**) è un articolo penale, e che ogni fatto delittuoso o quasi delittuoso è regolato dalla legge in vigore al momento della sua perpetrazione. Osservata che queste sono ragioni di ordine pubblico le quali hanno fatto proscrivere la continuazione della comunione; vi si è veduta *una sorgente di liti innumerevoli, un rimedio pericoloso*. Come, al cospetto di tali motivi, si potrebbe lasciar sussistere, secondo il codice, e per fatti consumati sotto il codice, una sì spiacevole istituzione?

1308. Ma se lo scioglimento del matrimonio ha avuto luogo prima del codice civile, la continuazione della comunione si prolunga sotto le nuove leggi con le regole dell'antica.

ARTICOLO 1443 (1407)

La separazione dei beni non può domandarsi se non giudizialmente dalla moglie la quale si trovi in pericolo di perdere la dote, e quando il disordine degli affari del marito dà luogo a temere che i di lui beni non sieno sufficienti per soddisfare i dritti e le azioni della moglie.

Ogni separazione estragiudiziale è nulla.

COMMENTARIO

1369. L'art. 1441 (1405) ci ha mostrato la separazione de'beni come causa dello scioglimento della comunione. Gli articoli 1443 (1407) e seguenti si occupano specialmente da questa causa di scioglimento, che è la più delicata e che fa sorgere maggiori difficoltà.

La separazione de'beni è stata introdotta nel dritto francese ad imitazione del dritto romano. Nel sistema del regime dotale, quando il marito comprometteva l'esistenza della dote con la sua cattiva amministrazione, la moglie poteva domandarne la restituzione, senza aspettare lo scioglimento del matrimonio. « *Si costante matrimonio*, dice Ulpiano, *propter inopiam mariti, mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus. Et constat exinde dotis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit facultates ad dotis exactionem non sufficere* ». La dote presso i Romani era di pubblico interesse; la legge vegliava con sollecitudine alla conservazione di questo prezioso patrimonio, ultima risorsa della famiglia. Se dunque il marito veniva a compromettere la esistenza con le sue dissipazioni, non si aspettava lo scioglimento del matrimonio per ordinare la restituzione della cose arrecata in dote, e la moglie aveva l'azione contro del marito. Ciò non era un colpire il matrimonio, altro non era se non un cambiamento arrecato al regime de'beni.

Il sistema della comunione si appropriò questa idea protettrice degl'interessi della moglie. È vero che in questo sistema, il marito è padrone e signore della comunione: può vendere, alienare, dissipare. I suoi atti di disposizione, sono validi, e la moglie non potrebbe farli ritrattare. Ma si usa molto rispetto all'autorità del marito con non violare le alienazioni consumate, le quali non sono sempre marchiate con l'impronta della saviezza. Si deve salvare l'avvenire ed impedire una imminente ruina. Le colpe del marito hanno dimostrato la sua incapacità. Il pubblico interesse esige che sia esonerato da una amministrazione al di sopra della sua prudenza. La società dei beni sarà dunque sciolta. Questa

tuttura non è incompatibile col principio delle società ordinarie: perchè ogni società è rotta col fallimento. Qui non si aspetta che il fallimento fosse completo: si previene il male prima che fosse arrivato al suo termine. Si arresta la società quando senza avere ancora toccato il fondo dell'abisso, è sul pendio che vi conduce.

1310. Come il marito ha ogni potere nell'amministrazione della comunione, così contro di lui e contro di lui solo, la separazione de'beni è stata introdotta. La moglie malgrado il suo stato di sommissione può volgere un colpo d'occhio di censura sulla di lui gestione, farne conoscere i vizi, e dimandare la cessazione di un'autorità nociva per essa e pe'suoi figli. Questa è una grave diminuzione, ma necessaria, dell'onnipotenza maritale. Non vi è a questo mondo potere senza limite. Quello del marito è senza dubbio grandissimo nel regime della comunione; ma la moglie non è abbandonata senza difesa ad un arbitrio illimitato.

1311. Poichè, è nell'interesse della moglie che è stata introdotta la separazione de'beni; poichè è un contrappeso arrecato all'autorità del marito, ne siegue che la separazione de' beni non può esser accordata se non alla moglie, pe' disordini dell' affare del marito, e non al marito, pe' disordini degli affari della moglie. Il marito non ha bisogno della separazione per garentirsi: egli ha l'autorità maritale, il dritto di autorizzazione; ed in quanto a'debiti anteriori al matrimonio, è sua colpa se non ne ha preso maritandosi conoscenza, e se non si è maritato sotto il regime della separazione.

Vi era frattanto un'antica giurisprudenza la quale autorizzava il marito a domandare la separazione, quando i debiti della moglie facevano piovere sulla sua testa le cause e le dispute giudiziarie. Ecco ciò che dice la Thaumassière a quest'oggetto. « Tale quistione da molti si crederà un paradosso, nulladimeno passa per costante che il marito per la quantità de'debiti della moglie, può farsi separare da lei in quanto a' beni per non essere tenuto dei suoi debiti; e questo è stato giudicato con arresto del parlamento di Rouen del 22 giugno 1582, riferito da Berault *sulla consuetudine di Normandia*, art. 236, e con arresto del parlamento di Parigi, in questa specie Barunbè Levez, a causa d'infinite liti che erano state contro di lui intentate da'creditori della moglie. Mentreuil, avvocato, diceva, che la separazione de'beni è introdotta in riguardo delle mogli, le quali sono corse a questo rimedio per conservarsi i di loro beni e per timore che non fossero dissipati dal cattivo maneggio del marito; *che non si era mai visto che un marito intentasse tale separazione*: perchè, sposando la moglie, sposava i debiti. — Galland per l'intimato, diceva, che *prima dies nuptiarum fuit ei prima funeris*, che l'intimato giovane avvocato il quale non cominciava che ad innalzarsi, era sempre stato travagliato da liti, che ne aveva sino al numero di 114, ciò che era capace di farlo morire, se fosse obbligato di soffrire questa noia:

dotem habentis abeo; proque aurora ventum et fumos ostendit inanes. vanum et inane nomen et in spem positum; che si poteva impedirlo di abbandonare la comunione per escolparsi dalle cause e da' turbamenti di spirito. *Multi gratis dimittunt sua, ut iurgiis obvient*: ebbene, donano il loro bene per evitare le liti, nella legge *quia poterit*, D., *ad Trib.* Perchè dunque il citato non sarebbe ammesso ad intentare tale separazione? Sopra di ciò, la corte, dopo che il signor Servin, avvocato generale, ebbe aderito con la corte, con arresto del 26 febbraro 1602, conferma la sentenza del primo consolo di Parigi.

» Questo è parimente quello che ho veduto praticare tra un fittaiuolo di questa provincia e sua moglie, il quale fu *secondo il mio parere*, ammesso a farsi separare per ovviare alla quantità delle cause che gli avevano intentato i creditori della moglie. (V. Peleo, libro 5, *actio* 25, e Delalande, sopra l' art. 198 della consuetudine di Orléans).

» Il signor Bigot d' Ascilly fu separato dalla signora Genuefa Mecè, sua sposa, con sentenza della podesteria dell'anno 1686, a cagione de'debiti e delle liti che gli facevano i creditori della successione del padre e dell'avo. — E Sallè, conciator di pelli, fu per la medesima causa separato da Maria Arnaud sua moglie con sentenza della prevostura. La stessa quistione si era presentata il 25 genoaro 1689, tra il signor Vincenzo Divoy, attore per lo scioglimento della comunione, e Gabriela Bourges, sua moglie, ed i creditori di Gilbert Bourges, suo padre, convenuti, arringando io per l' attore.

» Li 24 ottobre 1685 il signor Pietro Chapon, procurator fiscale di Vatan, fu separato dei beni da Maria Fouquet, sua moglie, a causa de' di lei debiti ».

Così, malgrado la regola: *Chi sposa la moglie sposa i debiti*, ecco numerosi precedenti, i quali, per trarre il marito dalla pena delle cause, gli accordano, come soccorso, lo scioglimento della comunione.

Ma, quantunque questa giurisprudenza abbia il consenso di Lebrun non è buona; al tempo di Pothier era abbandonata. È anche osservabile che un arresto del parlamento di Parigi, del 27 luglio 1745, riformò una sentenza della podesteria di Bourges, la quale si era conformata all' uso attestato da Thaumassière. Era questo un cogliere il male nel luogo stesso dove aveva le sue radici.

Del resto, il nostro articolo ha voluto prevenire questa disputa con la precisione della sua redazione. Dichiara in termini espressi, che è accordato alla sola moglie il dritto di domandare la separazione.

1312. Vediamo da più vicino adesso per qual causa la moglie può domandare la separazione de' beni.

Le consuetudini esprimevano con diverse formole la situazione degli affari della comunione la quale legittima tale misura di pre-

cauzione: *sino a che il marito sarà trovato usar mutuo dei suoi beni*, diceva l'art. 244 della consuetudine di Brettagna. *Se i detti mariti volgono a povertà*, diceva la consuetudine di Tours. Ma è facile di vedere che tutte queste consuetudini avevano avuto sotto gli occhi o nel pensiero la legge comune di cui erano l'imitazione. Così Poibier diceva che si doveva ricorrere alla legge romana.

Or vi sono sui libri nel dritto romano testi importanti da consultare.

La legge 29, al codice, *de iure dotium*, è di Giustiniano; esige che il marito sia condotto verso la povertà: « *Maritus ad inopiam sit deductus* ». Notatelo bene: l'imperatore non esige che la ruina fosse consumata; basta che il marito vi proceda con la sua cattiva amministrazione. Questa posizione è stata dipinta dagl'interpetri con le seguenti parole: *Cum maritus vergit ad inopiam.*

La legge 24, al Dig. *solut. matrim.*, tolta dagli scritti di Ulpiano, contiene maggiori dettagli. Suppone che una moglie vuole ottenere il rimborso della sua dote *propter inopiam mariti*, e si domanda da qual momento è dovuto questo rimborso. Dal momento, risponde Ulpiano, che apparisce con evidenza che le facoltà del marito non bastano per pagare la dote: « *ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere* ». Riteneghiamolo: il giureconsulto non pone per condizione all'azione della moglie che la dote sia intaccata; ancorchè fosse intatta, se il marito amministra male i suoi propri affari, se il suo patrimonio è diminuito per la sua cattiva gestione, in guisa che la moglie non abbia garentia e difficoltà di restituire la dote, allora la moglie è in dritto di agire.

In quali circostanze si può credere che le facoltà del marito saranno insufficienti per assicurare la restituzione della dote? Il giudice considererà i fatti: non esiterà, per esempio, al dire degli interpetri, se il marito spende più delle sue rendite, se le sue spese non hanno nè misura nè opportunità.

Con maggior ragione se dissipa la dote e non si comporta da uomo di buona condotta. *Si dotem ita dissipaturus, ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet.*

Ma la moglie non deve aspettare che il marito abbia incominciato a rovinare la dote; la novella 97, § 6, le ne dà espressamente il consiglio: « *Sibimet culpam inferat cur mox, viro inchoante male substantia uti... non auxiliata est sibi* ».

Così la teoria del dritto romano può riassumersi in questo modo:

La moglie non deve aspettare che il marito male vada sino ad intaccare la dote; ella potrà agire, non solo quando il marito avrà divorato il suo patrimonio, ma ancora quando avrà incominciato a disordinare i suoi affari in modo da non potere restituire la dote. Potrà anche agire quando vi saranno semplici timori in conseguenza di una cattiva amministrazione. La novella 97 con-

duce a questo risultato e serve a spiegare la estensione delle leggi anteriori. Del resto, gl'interpetri del dritto romano avevano spiegato in questo senso l'insieme di questo dritto. A che avrebbe servito, nella maggior parte de'casi, l'azione per restituzione della dote, se si avesse dovuto aspettare l'intiera decozione del marito? Tale azione non sarebbe stata inutile?

In quest'ordine di idee è entrato l'art. 1443 (1407): la moglie può domandare la separazione, se la sua dote è in pericolo, ovvero, quando, avendo da esercitare dritti ed azioni, il disordine dell'amministrazione del marito fa temere che i suoi beni non saranno sufficienti per pagarla di ciò che le è dovuto. Questa disposizione è conforme all'antica giurisprudenza.

1313. Dopo di questo colpo d'occhio istorico, riprendiamo i due casi previsti dal nostro articolo, cioè: 1. pericolo della dote; 2. timore per le azioni.

E primieramente vediamo ciò che intende per pericolo della dote.

La dote non è propria del regime dotale; vi può essere dote nel regime della comunione. Noi l'abbiamo veduto per mezzo dell'art. 1392 (1346), e noi lo vedremo ancora per mezzo dell' art. 1540 (1353). La parola *dote* ha un senso esteso. Sotto l' uno e l'altro regime significa il bene che la moglie porta per sostenere i pesi del matrimonio. Una moglie la quale, maritandosi sotto il regime della comunione, porta valori mobiliari in biglietti, denaro, crediti, masserizie, si costituisce una dote, quantunque tali cose facciano parte della comunione e non siano beni personali. Se il marito mette queste cose in pericolo con la sua cattiva amministrazione, la moglie può domandare la separazione de'beni: perchè la sua dote è in pericolo, e questo è il primo caso considerato dall'art. 1443 (1407). Vanamente si direbbe che questi valori mobiliari, entrando nella comunione, hanno cessato di appartenere alla moglie, e che il marito, signore e padrone della comunione, non fa che usare del suo dritto dissipandoli. Noi rispondiamo: la moglie non ha messo una parte nella massa se non perchè ha sperato che l'industria e l'economia comune la farebbero fruttifera, e che ricaverebbe da questa mescolanza de' beni una esistenza onorevole o convenevole, ed i vantaggi di una savia amministrazione. Or se, invece di vedere prosperare il capitale sociale, lo vede compromesso per colpa del marito; se essa deve temere che la sua dote non sparisca senza lasciare presso lei di che sostenere convenevolmente i pesi del matrimonio, la sua legittima speranza è ingannata: ha dritto di vegliare al suo interesse ed a quello dei suoi figli, domandando la separazione.

1314. Diciamo ancor che la sua preveggenza dev'essere tale da non aspettare che il male fosse senza rimedio; il legislatore non esige la perdita della dote per autorizzare lo scioglimento forzato della comunione; esige il pericolo della dote. Così se il marito amministra la comunione in modo da dare delle gravi inquietudini,

la moglie avrà dritto ad agire, e ciò quantunque quello che ha portato non sia ancora sensibilmente intaccato.

1315. Qualche volta la moglie non ha se non immobili personali, e si sa che i frutti di questi immobili entrano nella comunione; questi frutti sono dunque la dote della moglie, perchè sono portati al marito per sostenere i pesi del matrimonio. Se il marito obbliga follemente queste rendite con le sue cattive spese, col giuoco, con le speculazioni ruinose, la moglie può domandare la separazione dei beni; la dote è in pericolo. In verità il capitale non ha nulla da temere, ma basta che i frutti siano esposti ad essere tolti a'bisogni domestici, perchè si realizzi il caso dell'art. 1443 (1407). Ecco la ragione per cui sovente è stato giudicato che, quando i frutti della dote sono sequestrati, vi è luogo alla separazione de'beni, e ciò, anche quando il capitale stesso sarebbe fuori pericolo. La moglie ha un evidente interesse a riprendere l'amministrazione della sua cosa, a percepirne le rendite: l'avvenimento pruova che dessa è più atta del marito a maneggiarle ed a farle volgere in profitto comune. Per altro, dobbiamo ripeterlo, il marito manca alle condizioni sotto le quali ha ricevuto la dote; manca pure alla legge del matrimonio, la quale è secondo l'art. 214 (203) del codice civile, di mantenere la moglie secondo il suo stato. È ciò che Cujacio chiama benissimo *impar oneribus matrimonii ferendis*. Se tale è il dovere del marito quando la moglie non ha portato nulla, quanto con maggior ragione quando ha fornito il suo contingente, e che le somme le quali dovevano contribuire ogni anno ad alimentare la famiglia sono distratte da tale sacro destino per la cattiva condotta del marito.

1316. Si è preteso innanzi la corte di cassazione che in simil caso la separazione de' beni non potrebbe autorizzarsi per mezzo dell'art. 1443 (1407) del codice civile, perchè questo articolo non prevede che il caso del pericolo del fondo dotale; che la dissipazione de'frutti non debba esser presa in considerazione come causa di separazione che in conseguenza del ravvicinamento degli articoli 1540 e 214 (1355 e 203); che allora non potendo il marito mantenere la moglie nel suo stato, è giusto, che mancando alle sue obbligazioni, la moglie ritrovi la libera disposizione della sua rendita onde provvedere a'pesi del matrimonio. Ma ciò, si soggiungeva, si rannoda ad altri principî diversi da quelli che hanno fatto compilare l'articolo 1443 (1407): questo articolo esamina il pericolo del fondo dotale; desso è estraneo alla dissipazione dei frutti.

Noi crediamo che tale distinzione non sia esatta; essa cade dinanzi alla definizione della dote, la quale abbraccia nel suo esteso significato tuttocciò che serve al marito onde sostenere i pesi del matrimonio. Or i frutti de' beni personali hanno questo destino: dunque qualora ne sono distornati, la dote pericola, e l'articolo 1443 (1407) è testualmente applicabile. Senza dubbio l'idea di tale

articolo può spingersi e si spiega di fatti con la combinazione degli articoli 1540 e 214 (1355 e 203) del codice civile; ma questi due ultimi articoli non fanno se non aiutare l'intelligenza dell'art. 1443 (1407); nulla dicono che non dica formalmente e categoricamente l'art. 1443 (1407).

1317. Si è domandato se la moglie fosse autorizzata a dolersi, quando il marito impiega le rendite de'beni personali della moglie per pagare i suoi debiti. Per rispondere a tal quistione, si deve porre attenzione ad alcune gradazioni molto distinte, onde non portare la perturbazione o l'inquisizione nella famiglia.

Vi sono debiti la di cui causa è onesta; il marito non deve ricevere rimproveri per gli sforzi che fa onde adempirli. Supponghiamo che si trattasse di debiti anteriori al matrimonio e passati nel passivo della comunione, non ha il marito un pressante dovere di estinguerli? Può la moglie dolersi di contribuire alla loro estinzione? Sposando il marito, essa ha sposato questi debiti: fa d'uopo che sappia sopportare un po' di fastidio per farvi onore.

In quanto a' debiti contratti durante il matrimonio, non perdiamo di vista che sono debiti della comunione e che il marito ha l'autorità di sottoporvi l'attivo sociale. Ciò posto, tutta la quistione consiste nel sapere se questi debiti hanno un motivo onesto, o se sono il frutto della dissipazione. Nel primo caso, la moglie non deve essere autorizzata a censurare un atto legittimo dell'amministrazione del marito; senza di che, le si darebbe un dritto d'inquisizione e di censura che rovescerebbe tutta l'economia del matrimonio. « *La moglie*, diceva Cochin, *non è stabilita dalla legge quale censore del marito* ». Essa restringerà dunque le sue spese, metterà nel governo domestico maggiore risparmio, e soffrirà pazientemente, ed anche privandosi tale momentanea molestia imposta dalle circostanze.

Ma è da dire lo stesso se i debiti del marito sono debiti reprensibili e leggieri: debiti di giuoco, debiti di donne o di caffè, spese eccessive o di lusso, treno disordinato di casa; in una parola come dice Gotofredo, *si neque tempus neque finem expensarum habeat*. Tali debiti sono di natura da turbare giustamente la moglie. Non è conveniente che soffra privazioni, mentre che il marito fa volgere le rendite da' di lei beni personali a' dispendiosi capricci.

1318. Ciò è vero, con maggior ragione, quando i coniugi sono maritati sotto la regola dotale, e che non vi è nessun legame di comunione che associ la moglie ai debiti contratti dal marito.

La rendita della dote contribuisce a'pesi del matrimonio, e se per necessità tali pesi sono onerosi, la moglie li soffrirà senza mormorare; ma non si considereranno come pesi del governo domestico i debiti contratti dal marito per i capricci personali e per spese senza ragione e senza scusa. Se dunque tali spese sono spinte al punto di arrecare la molestia nella famiglia e di togliere al sostegno dell'economia le rendite della dote, la separazione potrà

essere domandata. Pertanto, fa d'uopo che fosse ben costante che il destino della dote è mal conosciuto e che la famiglia ne prova un reale disagio. Vi è una certa latitudine che appartiene al marito e che si calcolerà con equità, senza fare degenerare questa ricerca in contese ed in causa di scandali.

1319. Non è necessario che la moglie avesse portato qualche bene col contratto di matrimonio, perchè potesse ottenere lo scioglimento della comunione. Una moglie può avere una industria fruttuosa; può essere pittrice, antica drammatica, abile operaia; se i prodotti del suo travaglio cadono nelle mani di un marito dissipatore, non sarà per la moglie un pregiudizio tale da invocare l'intervento del giudice? Questi prodotti non sono guadagnati laboriosamente da lei se non per sostenere i pesi del governo domestico, ed invece di ciò servono ad alimentare le prave inclinazioni del marito. Vi è dunque pericolo per la dote della moglie. Qui, la dote, è il suo talento e la sua industria, è il frutto del suo travaglio; è il travaglio che arreca ogni giorno per sostenere la famiglia. Il cattivo impiego del marito autorizza dunque la moglie a domandare la separazione; si deve rendere al suo vero destino il guadagno che si procaccia, si deve sottrarlo alla dissipazione per farne il peculio dell'economia.

1320. Aggiungiamo:

Una moglie può non avere dote attuale; ma è possibile che abbia speranze, che conti sopra delle successioni. Dovrà aspettare che questi beni futuri cadono nel golfo scavato dal marito, per pensare a' mezzi di salvarli.

1321. Se la moglie non avesse nè industria speciale, nè speranze, potrebbe almeno far valere il pericolo che corre tra le mani di un marito dissipatore la sua parte eventuale nella comunione? Non potrebbe dire che le importa di salvarla della ruina con uno scioglimento immediato della comunione?

Un arresto della corte di Parigi, del 9 luglio 1811, le ricusa questo dritto. Non vi è pericolo nè per la dote nè per le sue azioni, poichè non ne ha, e, da un altro lato, il marito solo ha l'amministrazione della comunione.

Sarebbe frattanto molto duro di lasciar consumare al marito la rovina della comunione e togliere alla moglie ed a' figli l'unica speranza del loro avvenire. La moglie non ha portato nulla in dote, lo confesso: non ha nemmeno una industria lucrativa, lo supponghiamo; nulladimeno non vi ha da canto suo una collaborazione giornaliera, la quale ha la sua rappresentanza nell'attivo sociale, perchè si presume aver ella contribuito a formare questo attivo, a mantenerlo, a migliorarlo. La moglie porta le sue braccia, la sua economia, le sue cure domestiche; ecco la sua dote. E tuttociò dovrà essere impiegato a pura perdita, a causa delle dissipazioni del marito! Non lo penso. Mi sembra che senza forzare il senso delle parole, qui si può trovare il pericolo della dote che

è la condizione dell' art. 1443 (1407). La moglie ha per dote le sue virtù economiche: se ne compromettono i vantaggi ricusandole la separazione.

1322. Venghiamo al secondo caso previsto dall'art. 1443 (1407). Che è quello nel quale la moglie ha dritti ed azioni da esercitare in virtù del suo contratto di matrimonio, e nel quale i disordini degli affari del marito le fa temere che i beni di quest'ultimo fossero insufficienti per procurarle il suo risarcimento.

Noi venghiamo di vedere che le cose le quali sono venute a fondersi nella comunione con una volontaria alienazione della moglie, devono essere amministrate dal marito da buon padre di famiglia, e che, se sono distratte dal loro destino, che è di supplire ai bisogni della famiglia, la moglie può domandare la separazione.

Il secondo caso previsto del nostro articolo contempla, non già le cose che cadono in comunione, ma quelle che non vi entrano, e che sono per la moglie una causa di azioni. Per esempio, una moglie porta maritandosi 100,000 fr. in denaro, ed immobilizza questa somma: questo è per lei un soggetto di riprese. Se dunque il marito li consuma, senza che i suoi beni fossero sufficienti per assicurare il dritto della moglie, questa potrà domandare la separazione dei beni: con questo fatto vi è cattiva amministrazione da parte del marito, disordine negli affari suoi e causa evidente di separazione.

1323. Non è necessario che il marito abbia fatto disparire nel golfo delle sue dissipazioni. I beni che servono di garentia alle azioni della moglie, perchè questa abbia dritto ad agire per la separazione, basta che il disordine sia tale, che dia luogo a temere che la moglie sarà priva della sue salvaguardia. Vale meglio prevenire il male che l' aspettare che fosse consumato. I tribunali esamineranno accuratamente, e nella loro coscienziosa indipendenza, se il pericolo sia molto grave per mostrare le inquietudini della moglie; allontaneranno le doglianze chimeriche o cavillose; ma prenderanno in gran considerazione i fatti proprî da dare alla moglie serie cure.

1324. È inutile il dire che, se i beni del marito sono sufficienti per soddisfare la moglie, la sua domanda sarà respinta. Cochin ha fatto risaltare questa verità con molta forza. La giustizia proscriverà le discussioni le quali non cadono se non sopra dettagli e colpe leggiere; ricercherà gravi pericoli; si domanderà se la moglie è realmente in pericolo di non ritrovare il bene che le appartiene. Se il giudice non scorge tale pericolo, rigetterà le indiscrete ed irreverenti censure della moglie.

1325. Suppongbiamo che le riprese della moglie, deboli in paragone delle facoltà del marito, sieno assicurate sopra beni considerabili gravati dell' ipoteca legale di primo ordine: ove sarebbe per la moglie il grave pericolo? Il marito non è così assettato

come dovrebbe esserlo; fa speculazioni azzardose, non mutua con molta riflessione, e spende con troppa prodigalità: un male senza dubbio è questo; ma le riprese della moglie non corrono nessun pericolo; sono solidalmente ed irrevocabilmente assicurate.

Quand' anche il marito consentisse ai terzi ipoteche posteriori a quelle della moglie, anche allora che il marito facesse alcune vendite dei suoi beni, la moglie dovrebbe essere senza inquietudini. Ella non deve far torto al marito con una domanda di separazione che potrebbe aggiungere peso ai suoi imbarazzi.

1326. Ne sarebbe altrimenti, tuttavia, se il marito fosse talmente molestato che si lasciasse spropriare, perchè allora comincerebbe un pericolo reale; ovvero se il marito lasciasse mancare la moglie delle cose necessarie ai suoi bisogni ed alla sua posizione sociale: il marito violerebbe allora la legge del matrimonio, sarebbe questo un caso di separazione.

1327. Quantunque la moglie abbia una prima ipoteca sopra beni considerabili, non è frattanto impossibile che il marito renda insufficiente questo pegno; questo è quello che accade, per esempio, se taglia i boschi di netto, e aliena gli alti fusti che facevano una parte considerevole della sicurtà della moglie. Il giudice non mancherà di prendere in considerazioni così gravi circostanze.

1328. Ma *quid iuris*, se avendo il marito dissipate le cose arrecate dalla moglie, come il suo proprio patrimonio, offre intanto alla moglie per sua garentia la fideiussione ipotecaria di un terzo riconosciuto solvibile? Tale quistione si è presentata innanzi la Corte di Cassazione, la quale ha deciso, con arresto del 27 agosto 1847, che la moglie può domandare la separazione quando, nelle date circostanze, la restituzione della dote le è garentita da una ipoteca sopra i beni del padre del marito. Essa divideva gli spiriti nell' antica giurisprudenza: Paolo di Castro si pronunzia per la restituzione della dote, Godofredo contro la separazione. Ecco le espressioni di quest' ultimo giureconsulto: « *Quibus vix assentior*; *satis enim locuples videtur qui cavet idonee* ». Questo è un linguaggio molto giudizioso, e, per me, mi pongo dall'opinione di Godofredo. Ma sotto una condizione: cioè, che il marito sarà in istato di procurare alla moglie un mantenimento convenevole. Che se si trova nella impossibilità di adempire questa obbligazione, se lascia vivere la moglie nelle privazioni e nell' indigenza, poco importa che il capitale della dote fosse assicurato pel più tardi, se questo capitale è improduttivo, se le rendite non ricevono il loro destino; bisogna sussistere frattanto, ed il mezzo di pervenirvi, è la separazione. Secondo le circostanze dell' arresto della Corte di cassazione, sembra che la moglie fosse stata priva di tutte le attuali risorse: ciò spiega e giustifica la sua decisione.

1329. È possibile che il marito non abbia nessuna proprietà all' epoca del matrimonio, e che la moglie abbia seguito la sua

fede per le sue riprese. Evidentemente la moglie non potrà dopo il fatto, mutar consiglio e pretendere che manchi di garentia. Il marito rimane ciò che era prima; questa non è causa di separazione: perchè, se pesate i termini dell'art. 1443 (1407), vedrete che l'insufficienza del marito deve provenire, non dalla sua povertà, ma dalla sua mala condotta.

1330. Ma ecco una complicazione. Il marito era economico ed ordinato all'epoca del matrimonio: e questo è quello che ha determinato la moglie ad affidargli il suo avere. Più tardi, egli delude le legittime speranze: dal lavoro passa allo sciupio: *a labore proclive ad libidinem.*

Quale sarà allora la condotta che la legge autorizza di tenere alla moglie per salvare il suo patrimonio e le sue azioni? La difficoltà deriva dal punto che non è (come l'art. 1443 (1407) lo suppone nella sua seconda parte) la mala condotta del marito che ha fatto che quest'ultimo non abbia beni sufficienti; non ne ha mai avuto, sempre è stato povero.

E tuttavia, la moglie dovrà rimanere senza difesa? No senza dubbio. Supponghiamo che si sia costituito immobili propri la di cui rendita ferma tutto lo emolumento della comunione: la dissipazione del marito autorizzava l'azione della quale abbiamo parlato al n. 1315; perchè questa dissipazione toglierà le rendite dal loro destino preciso; ovvero supponghiamo che abbia portato somme di denaro realizzate: allora rimarcherà ancora i pericolo della dote, e se la seconda parte dell'art. 1443 (1407) le manca, si rifugierà nella prima.

1331. La moglie potrà ancora ricorrere alla separazione, quantunque il di lei marito fosse in una volta all'epoca anteriore al matrimonio povero e dissipato. Vanamente per opporre una eccezione contro la domanda di separazione si direbbe che la moglie ha saputo che il marito era un cattivo amministratore e che togliendolo a sposo in queste condizioni, si presume ch'ella abbia rinunziato a dolersi più tardi delle sue prodigalità. Rispondiamo che una moglie non potrebbe anticipatamente consentire al sagrifizio ed alla perdita dei suoi dritti matrimonioli. La moglie non vi potrebbe espressamente consentire senza violare l'ordine pubblico e senza favorire i cattivi costumi del marito. Con maggior ragione, non ha potuto prestare a questo riguardo un consenso tacito. Per altro, è vero che l'abbia prestato? Una moglie consente così a farsi rovinare? Non ha piuttosto sperato che i gravi doveri del matrimonio e l'esempio di una onesta compagna, correggerebbero colui a cui ha dato la mano?

1332. Quando il contratto di matrimonio impone al marito l'obbligazione di prendere certe sicurezze per garentire la dote, e che trascura di ricorrervi, la moglie può domandare la separazione dei beni? Per esempio, il contratto di matrimonio contiene che il marito farà l'impiego delle somme mobiliari costituite alla moglie dai suoi

parenti. La mancanza d'impiego sarà una causa di separazione?

Toullier sostiene l'affermativa, e Rodière e Pont si uniscono a questo autore.

Ma si deve rispondere che la mancanza d'impiego non è da se sola un motivo di separazione.

Se, difatti, è un punto costante tra gli autori consuetudinari (e sembrerà più evidente ancora se si riferisce a quello che abbiamo detto nei n. 575 e 1946), che la mancanza d'impiego non potrebbe motivare la separazione, sin che il marito è solvibile. « La mancanza d'impiego, dice Pothier; non è solo un mezzo sufficiente per la separazione, se non apparisse pericolo nella dote, sia perchè il marito non avesse sufficienti beni-fondi per rispondere, sia perchè avesse debiti considerevoli prima del matrimonio. » Si possono consultare Renusson, Papin, Roussilhe. Augeard riferisce un arresto del parlamento di Parigi del 10 gennaro 1699, il quale non autorizzò la separazione dei beni se non perchè i beni del marito erano consumati dai suoi debiti.

Tale è ancora l'opinione dominante sotto il Cod. civ. E, difatti, sin che il marito offre una solvibilità reale, la dote non è in pericolo, e non si realizza nessuna delle condizioni dell' art. 1443 (1407). Dobbiamo ben guardarci dall'incoraggiar i cavilli di una donna che non deve temer nulla per la dote, e che frattanto stanca il marito con le sue doglianze. Il solo pericolo della dote autorizza la moglie ad agire contro del marito durante il matrimonio. « *Nec alia ratio repetitionis dotis, constante matrimonio*, dice Cujacio, *quam si maritus non sit solvendo, sit impar oneribus matrimonii ferendis, aut periculum ne sit impar.* » Quando dunque il marito non ha beni, e che frattanto si ricusa fare l' impiego, comincia per la moglie un serio rischio contro di cui si deve premunire.

1333. Può accadere che il pericolo della dote provenga da disgrazie impreviste delle quali è oppresso il marito nella persona o nei beni. Secondo Lebrun, la forza maggiore non è causa di separazione. In appoggio di questo sentimento, si può dire quel che segue: I coniugi si sono uniti per profittare della buona fortuna e sostenersi nell'avversità. Essi devono correre sino all'estremo gli accidenti buoni o cattivi loro inviati dalla Provvidenza. Una sposa mancherebbe all' affetto coniugale se ricusasse di associarsi al destino del marito, se separasse le proprie dalle sue sofferenze, se si formasse una sorte felice mentre il marito piega sotto i colpi della forza maggiore.

Tuttavia, non pensiamo che sia d' uopo di uniformarci a tale opinione. Pothier ha fatto questa osservazione, la quale certamente è stata presente al pensiere dei redattori dell' art. 1443 (1407), ed è che *non è necessario che il cattivo stato degli affari del marito sia accaduto per sua colpa e per la sua mala condotta.* Che si legga difatti l'art. 1443 (1407): non vi sta una parola d'onde si possa inferire che l'ambascia del marito debba provenire

dalla sua cattiva condotta. Basta che vi sia pericolo della dote, ovvero disordine negli affari del marito. Or il pericolo della dote può provenire da forza maggiore; il disordine degli affari del marito può non essere che il risultato di quelle catastrofi inopinate le quali vengono a piombare sull'uomo più assestato. Noi che siamo stati testimoni dopo sessant'anni di tante rivoluzioni politiche, dobbiamo essere più colpiti dei nostri predecessori della verità di tali osservazioni. La proscrizione, l'esilio, le confische, le crisi finanziere, hanno abbattuto le classi più laboriose e rovesciate le facoltà meglio stabilite. Una moglie dunque, il di cui marito soccombe sotto il peso di queste pubbliche calamità, dovrà essere esposta a perdere tuttocciò che ha, e che non possa salvare dal naufragio un'ultima tavola di salute? Con ciò, la moglie non abbandona il marito: al contrario, provvede alla sua esistenza. Dessa non è ingrata; si mostra preveggente. La separazione dei beni non ha nulla d'ingiurioso pel digraziato marito. Non fa che metter un capitale in riserva pel sostegno della famiglia: *Ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque si quos habet*. Lungi dall'avere un colore ostile, ha uno scopo pietoso.

1334. Nel numero delle cause che possono mettere il disordine negli affari del marito, si possono citare le spese ingenti della moglie. In simil caso la colpa di costei può essere di ostacolo alla domanda di separazione? Si cita come per la negativa un arresto della Corte di Angers del 22 febbraro 1828. In questa specie, il marito opponeva come eccezione che era dessa la quale, con i suoi disordini, aveva dissipato le sue facoltà e quelle del marito; che, particolarmente togliendo dalla casa coniugale una somma di 6,000 franchi, aveva affrettato la ruina della comunione. Nulladimeno, fu pronunziata la separazione sulla ragione che, essendo il marito padrone della comunione e l'amministratore dei beni della moglie, poteva e doveva impedire le alienazioni; che non è ammessibile ad opporre la sua debolezza e la sua negligenza, ed a prevalersene onde respingere la domanda; che, per altro, l'alienazione di cui si duole può essere l'oggetto di una particolare azione.

Le circostanze hanno grande influenza su tale materia. Se i torti del marito e della moglie sono reciprochi, se il marito non è un migliore amministratore della moglie, se si trova per la sua parte di dissipazione nella ruina della comunione, concepisco che si applica l'art. 1443 (1407): tutte le condizioni che ricerca si trovano riunite. Ma se il marito non è colpevole che di debolezza per la moglie di cui si può sperare che si correggerà, confesso che inclinerei a correre le gradazioni della sua resipiscenza ed a lasciare la fortuna tra le sue mani, anzi che rimetterla alla moglie, le di cui cattive abitudini sono riconosciute e che certamente la dissiperà. Si dice che il marito non può trovare una

eccezione nella sua incuria: ma la moglie può ritrovare un principio di azione nella sua mala condotta.

1335. Si è pensato qualche volta che la moglie la quale ha abbandonato il domicilio coniugale non può essere ammessa alla separazione dei beni; questa opinione non si può più oggi sostenere innanzi ai tribunali. È possibile che la moglie abbia abbandonato il domicilio coniugale perchè non vi trovava una vita decente, e che sia andata a cercare presso i suoi parenti una esistenza più conforme al suo stato. Che il marito la faccia rientrare nel domicilio coniugale, questo è il suo dritto; ma che non la privi di quello che le appartiene, di salvare la dote dal pericolo che la minaccia.

1336. Esaminiamo adesso con qual mezzo giuridico la moglie può arrivare a rompere la comunione prima del tempo ordinario.

Si presenta da principio una prima regola: ed è che la separazione dei beni non potrebbe essere che giudiziaria.

Le separazioni volontarie quantunque approvate da Giustiniano, non sono ammesse: esse violano la immutabilità delle convenzioni matrimoniali; sono vere contro-scritture, le quali sovente offendono la pubblica onestà e turbano sempre il credito. Noi non riconosciamo in Francia, e da lungo tempo, se non le separazioni giudiziarie, ordinate per gravi motivi, con gran conoscenza di causa o quando l' interesse della famiglia ne forma una legge. La saviezza dei magistrati è, in questa materia, la salvaguardia della società: ora ascolteranno le doglianze di una sposa che alza la voce per se e pei suoi figli, e che fa violenza ai suoi affetti onde salvare dal naufragio la dote compromessa; ora, al contrario, ricuseranno di associarsi al cattivo umore di una moglie imperiosa o esaltata, che esagera alcuni rovesci di fortuna, e porta il turbamento negli affari del marito. In tutti i casi, non obblieranno che la separazione dei beni fra marito e moglie distrugge il contratto di matrimonio, che è il più solenne ed il più sacro che si formano nella società degli uomini; che la separazione si allontana dal fine del matrimonio, la quale, per cementare l' unione dei coniugi, inclina verso la congiunzione dei beni; che la volontà dei coniugi di separarsi di beni non merita qui nessuna considerazione, perchè offende la fede dei trattati, deroga al dritto pubblico e compromette i dritti dei terzi. La separazione dei beni è una necessità penosa ed estrema, non si deve accordare se non dopo un maturo esame e per ragioni gravi ed irresistibili Ed ecco perchè la società non è assicurata contro la rottura del patto matrimoniale se non quando è pronunziata dal giudice.

1337. Ripetiamo, del resto che la nullità delle separazioni volontarie, pronunziata dal nostro articolo, è conforme alla dottrina degli antichi autori, come ai principî meglio stabiliti del nostro antico dritto pubblico. E quantunque la Corte di cassazione abbia ricusato di cassare, per mancanza di legge positiva, gli arresti

che avevano convalidato le separazioni volontarie, non ne è meno vero che i principi respingevano generalmente le separazioni giudiziarie: quest' era la conseguenza della immutabilità dei contratti di matrimonio. Se alcune provincie ammettevano le separazioni volontarie e contrattuali, era una eccezione al dritto comune, e questa eccezione era piuttosto particolare ai paesi riuniti che ai dipartimenti di origine francese.

1338. La separazione volontaria essendo nulla ne siegue che se i coniugi hanno fatto la divisione dalla comunione all'amichevole, il marito può esigere che tutto rientri nelle sue mani. Gli acquisti fatti in questo frattempo saranno considerati come acquisti della comunione; non vi ha che i frutti consumati i quali non saranno soggetti a ripetizione: servono per la soddisfazione dei bisogni personali.

1339. Tuttavia, non si potrebbe sostenere che ciò non è di una verità assoluta se non quando il matrimonio sussiste sempre e che i coniugi hanno la possibilità di ricostituire la loro comunione; ma che, quando lo scioglimento della comunione, ha trascinato per sempre lo scioglimento della comunione, sarebbe contro natura di ricostituirla per il passato; che quindi, ed in simil caso non si dovrebbe ascoltare il reclamo di un coniuge che si querelerebbe di una separazione volontaria?

Per sostenere tale sistema si possono fare le seguenti osservazioni:

Sin che sussiste il matrimonio, ognuno dei coniugi ha il dritto di esigere che l'altro lo tratti da consorte e che gli faccia godere i vantaggi della comunione che la legge annette al loro stato. Ma, quando tutto è consumato con la morte, qual motivo vi sarebbe per il superstite onde reclamare contro di una separazione che ha accettato durante tutto il tempo in cui vi era materia per la separazione dei beni? È per profittare degli acquisti ai quali non ha partecipato con le sue cure, dei guadagni fatti da una industria che non è stata la sua? Ma sarebbe una ingiustizia, e si autorizzerebbe un laccio teso alla buona fede dell' altro coniuge. Questa è la ragione per cui molti antichi arresti hanno proscritto i reclami del superstite contro le separazioni volontarie eseguite di buona fede. Che i creditori non abbiano nessun riguardo a questi accordi volontari rapporto ai coniugi, non vi è giustizia nel permetter loro di rivenire contro del loro proprio fatto, allorchè il matrimonio è sciolto.

1340. Malgrado queste ragioni, si deve dire col nostro articolo che nulla si oppone al reclamo del coniuge. Senza dubbio, è l'interesse che lo porta ad innalzare la voce contro la separazione, alla quale aveva volontariamente consentito, e che aveva eseguito senza violenza. Ma la legge, che vede un grave pericolo nelle separazioni allo amichevole, non potrebbe proteggerne gli effetti; senza di che porgerebbe le armi contro di se stessa. Essa prende

le cose dall'alto; si preoccupa meno di ciò che potrebbe esservi delicato nella condotta del coniuge reclamante, che dell'interesse pubblico, il quale condanna le separazioni volontarie. Perchè la legge fosse efficace nelle sue proibizioni, fa d'uopo che consideri come non avvenuto tuttociò che si è fatto contro il regime della comunione, e che tutto il passato sia regolato secondo le basi di questo regime. Le parti non possono domandargli soccorso ed assistenza per sostegno dei fatti dei quali ha pronunziata anticipamente la condanna.

1341. Si deve dire adunque che la nullità della separazione volontaria è generale ed assoluta. L'art. 1443 (1407) del Codice civile è stato fatto in un pensiero radicale; ha voluto togliere ogni maneggio ed ogni concessione.

Frattanto se in seguito della separazione volontaria vi è una divisione realizzata e rimesse fatte, si dovranno spingere le cose sino a non tenere nessun conto dei fatti compiti? l'equità o la buona fede non comandano un temperamento?

Mi spiego:

Una separazione volontaria ha luogo. In conseguenza, il marito rimette alla moglie il suo corredo, i suoi mobili, e ne riceve quittanza. Si domanda se, allo scioglimento del matrimonio, la sposa avrà dritto a reclamare per la seconda volta tali oggetti in virtù del suo contratto. Le sarà permesso di arricchirsi così alle spese del marito? La buona fede dovrà essere calpestata sotto i suoi piedi? Senza dubbio, se il marito aveva usato la frode o mezzi cattivi per strappare alla moglie la quittanza di ciò che non avrebbe ricevuto, non si terrebbe nessun conto di ciò che fosse stato fatto. Ma, quando tutto è stato consumato di accordo e di buona fede, vi sono buone ragioni per abolire fatti gravi e costanti? Il marito ha fatto alla moglie una rimessa che ha volto in suo profitto: deve essere da lei disturbato?

È stata decisa la negativa con arresto della Corte di Lione. È da osservare che, nella specie di tale arresto, i coniugi erano maritati sotto il regime della comunione ridotta agli acquisti. Gli oggetti resi alla moglie erano le sua biancherie, abiti, robe, camicie, arnesi ed effetti per suo uso, le sole cose che si era costituita.

Un sistema contrario è esposto in un arresto della Corte di appello di Caen del 14 novembre 1825; riposa su tale idea: la moglie è riguardo al marito nel rango degl' incapaci; non può validamente rilasciare quittanza; la sua quittanza è radicalmente nulla.

Facciamo osservare che qui i coniugi erano maritati sotto la regola dotale, il marito aveva rimesso alla moglie il capitale in denaro componente la sua dote, e costei l' aveva dissipato. Nel punto di vista del regime dotale e ponendosi nel principio della inalienabilità della dote, si può temere che il mantenimento della

quittanza della moglie non fosse un mezzo indiretto di arrivare all'alienazione del fondo dotale: non solo si permetterebbe ai coniugi di attentare alla immobilità delle convenzioni matrimoniali, ma si toglierebbero alla dote le garentie che la proteggono contro le temerarie alienazioni.

Sopra tali quistione, di cui già abbiamo detto qualche cosa al n. 211, ed al cospetto dei due precitati arresti, che sembrano contraddirsi, è buono di precisare l'oggetto della difficoltà. Contrastare il principio della nullità della divisione e della rimessa non è ciò di cui si tratta. Il marito, malgrado la restituzione intempestiva della dote, e senza arrestarsi ad un accordo senza valore, potrebbe esigere che la moglie gli rendesse la somma posta nelle sue mani, onde mantenerle il carattere dotale. Ecco ciò che è fuori da ogni lite. Ma il punto dubbio non è questo: consiste nel sapere se la moglie la quale ha ricevuto la dote, e che ne ha rilasciata quittanza, può farsela pagare una seconda volta, sostenendo che la sua quittanza è nulla. Esaminiamo la quistione primieramente sotto le idee del regime dotale, in seguito sotto le idee diverse del regime dotale. Incominciamo dal regime dotale, perchè abbiamo bisogno di gettare un colpo d'occhio sulle leggi romane, nelle quali è sempre utile d' illuminarci.

1342. Vediamo adunque ciò che dicono.

La novella 22, cap. 39, c'insegna quanto segue: « *Dotes autem quas acceperint contrahentes non dabunt facile mulieribus, constantibus adhuc matrimoniis, nisi tantum ex causis quas lex enumeravit. Alioqui, si quod tale gesserint, instar donationis quod agitur hoc ipso esse videtur. Et si moriatur mulier recipient dotes qui dederint eas immature mulieribus mariti ab haeredibus mulierum cum medii temporis fructibus, etc.*

Ecco dunque il punto di vista del dritto romano, la rimessa prematura della dote è considerata in generale, come una donazione fatta dal marito alla moglie. donazione dei frutti di questa dote, donazione che toglie questi frutti dal sostegno del governo domestico; allo scioglimento del matrimonio, gli eredi della moglie devono indennizzare il marito.

Questo è quanto avevano pure deciso gl' imperatori Onorio e Teodosio nella legge 3 del Codice Teodosiano, *de dotibus*.

« Et si fortasse constante matrimonio, a marito uxori dos ref. s i est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore defuncta, marito, ad eius haeredibus, cum fructibus, ex die refusae dotis, restituatur, ita ut proprietas eiusdem a liberis ex eadem suscepit alienari a marito non possit.

Questa legge è stata trasportata nel codice Giustiniano da Triboniano.

« Si constante matrimonio, a marito uxori dos. sine causa legitima, refusa est (quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere,), eadem uxore defuncta, ab eius

haeredibus cum fructibus, ex die refuse a dotis, marito restituatur.

Ciò che vi è di osservabile, si è che, in queste leggi, il legislatore si preoccupa meno dell'interesse della moglie che dell' interesse del marito; non dice nulla che incolpi il marito, nulla che faccia supporre la sua mala fede, nulla che armi la moglie di qualche azione contro di lui: è il marito al contrario volontariamente spogliato dei frutti durante il matrimonio che può farsi rilevare dalla sua debolezza, e rientrare in un emolumento che la legge del matrimonio gli conferiva.

Vi è dunque azione contro della moglie, a meno che non vi sia nella causa qualche motivo che allontani l'idea della donazione, per esempio, consegna par alimentare i figli di un altroletto, per mantenere un fratello o una sorella, pagare i debiti, ec.

Onde si possa dire frattanto che il marito abbia fatto una donazione alla moglie, si deve essere sicuro che costei abbia effettivamente e seriamente ricevuta la dote. Or, non è possibile che il marito glie l'abbia rimessa con un falso sembiante? Non è possibile che la moglie non l'abbia ricevuto che per rendergliela, e spogliarsi così di ciò che non potrebbe perdere? Non è possibile ancora che la moglie abbia dissipata questa dote, e che così il marito abbia avuto torto di spossessarsene per rimetterla, *perditurae uxori*. Tali quistioni non sono risolute nel dritto romano; è molto se vi sono in germe.

1343. Ma se dal dritto romano passiamo alla giurisprudenza de' paesi di dritto scritto, vediamo sull'istante questo colpo d'occhio divenuto dominante. La donazione fra marito e moglie spaventa meno del pericolo che corre la dote con una consegna intempestiva nelle mani della moglie. Non si abbandona il punto di vista della donazione, ma s' insiste d'avvantaggio e con maggior sollecitudine sul pericolo della dote rimessa alla moglie avanti tempo.

Ascoltiamo il presidente Fabro.

Il marito non può restituire la dote durante il matrimonio, anche col consenso della moglie, onde la dote non pericoli: perchè è verisimile che questa dote ritornerà nelle mani del marito, e che così la moglie a cui si opporrà la quittanza, rimarrà *indotata*. Il marito non è debitore della dote che sotto questa condizione: quando il matrimonio sarà disciolto. Un pagamento fatto prima non produce la liberazione. Si deve essere debitore prima di potersi liberare. — Diciamo dunque che tale restituzione prematura deve presumersi piuttosto una donazione: donazione la quale, quantunque non sia valida *ab initio*, può frattanto essere confermata con la morte. Or, se la restituzione liberasse il marito, non si potrebbe applicare il dritto sulle donazioni tra marito e moglie: donare è lo stesso che perdere; liberarsi, è lo stesso che acquistare.

Se tuttavia sia provato che la restituzione fatta durante il matrimonio ha reso la moglie più ricca, e se questo stato di cose dura sino al tempo dello scioglimento del matrimonio, sarà equo di far valere la liberazione. Ma il peso di provare queste ricchezze della moglie incombe al marito o ai suoi eredi, e dovranno provare che il vantaggio dura: perchè la liberazione dipende dall' avvenimento al tempo dello scioglimento. Ne sarà altrimenti, se la dote è restituita durante il matrimonio, *ex causa necessaria etc.*

Così parla il presidente Fabro.

1344. Ecco ora che c' insegna Despeisses:

« Ed inoltre tale restituzione deve essere fatta, quantunque, durante il matrimonio rendendogliela il marito senza giusta causa, essa l' abbia perduta, ma non se l' ha ancora in suo potere, o che l' abbia resa per giusta causa. Non si è voluto che il marito potesse restituire la dote durante il matrimonio, perchè vi è una grande apparenza che tale restituzione fosse fatta di mala fede, onde potesse ritirare in segreto ciò che ha dato in affitto alla scoperta, e con questo mezzo esonerarsi dall' obbligazione della dote senza farne verun pagamento ».

Si vede con qual rigore è trattato il marito dagli autori dotali che venghiamo di citare. Se la dote più non esiste nelle mani della moglie, suppongono la frode del marito; suppongono un falso pagamento, una falsa quittanza ed un giro ingannatore per abusare della debolezza della moglie e privarla della dote.

1345. Io non voglio terminare queste citazioni, senza ricordare l' opinione del cardinal Deluca, uno degli oracoli più rispettati del dritto italiano.

Una moglie la quale aveva ricevuto, durante il matrimonio, la restituzione volontaria della dote, sosteneva che tale restituzione era nulla: perchè la dote non può essere resa che allo scioglimento del matrimonio. Questa obiezione era fondata? » Distinguiamo, diceva Deluca.

» E primieramente, la regola che eccepisce la moglie è eccellente per impedire che la sposa non fosse forzata di ricevere la dote suo malgrado, durante il matrimonio; ma non ha la stessa autorità quando vi è reciproco consenso. Così decide Menochio: *Verum levis erat replicatio, dupliciter. Primo, quia id procedit in favorem coniugis nolentis, ut scilicet invitus ab altero cogi non posset ad restitutionem, vel respective receptionem: secus autem utroque volente, quia tunc nulla urgeret iuris prohibitio* ».

» Di più, si potrebbe avere riguardo alle doglianze della moglie, se la restituzione anticipata contenesse una donazione implicita proibita dalle leggi, ovvero se fosse una sorgente d' inconvenienti, se nuocesse alla dote, se tendesse a rendere la sposa *indotata*; allora l' atto non essendo sostenuto da nulla di giuridico, non potrebbe essere rispettato. Ma quando non s' incontrano

tali circostanze, quando la restituzione si è volta in profitto della moglie, non vi ha dubbio che la di lei quittanza conserva il suo valore.

» *Et secundo quod id procedit veluti, ex huiusmodi preventivo restitutionis actu, aliqua implicita donatio inter coniuges, de iure prohibita, resultaret; aliudque inconveniens oriretur, vel ubi bona restituta interim deteriorarentur, ita ut mulier indotata maneret, seu alias praeiudicata, ex quo praeiudicio, deceptionis vel concussionis suspicio, ex huiusmodi intempestivo actu, nullam iuridicam causam haberet, oriri posset. Sed his omnibus cessantibus, atque redundante actu in mulieris utilitatem ... manifeste comprobatum ... videtur nullam concurrere causam dubitandi, omnesque cessare quaestiones* ».

1346. Da tuttociò cosa risulta e che vi è di applicabile al nostro dritto francese.

Allontaniamo primieramente tuttocciò che ha relazione tra marito e moglie; gli scrupoli del dritto romano a questo riguardo sono di poca importanza per la nostra quistione. Il marito è il donante: or noi supponghiamo che non è lui che si lagni; è la moglie di cui si tratta di giudicare i reclami, e ciò che allega, si è, che se essa ha ricevuto, ha male ricevuto. È vero che, per provarlo, può dire che la sua quittanza contiene una donazione mascherata, e sotto questo punto di vista la quistione della donazione ricomparisce. Ma, perchè sia grave, abbisogna che l'allegazione della moglie abbia un colore di vera simiglianza, e che renda probabile ciò che allega: or se la prova è concludente, la colpa del marito diviene luminosa, e l'atto è radicalmente sprovvisto di valore, quale che si sia il nome che gli è dato.

In quest'ordine d'idee, la quistione è piuttosto una quistione di fatto, anzi che una quistione di dritto; essa decidesi dalle circostanze. Il cardinal Deluca ne fa l'osservazione; io lo ripeto dopo di lui.

1347. Supponghiamo adesso che il marito non ha agito fraudolentemente, e che la sua consegna, motivata con ragioni plausibili sulla vita discordante, è stata grave; è vero, oggi come al tempo di Fabro, di Despeisses e di Deluca, è vero, come l'ha deciso la Corte di appello di Caen, che, quando, la dote non si ritrova nelle mani della moglie, i principî protettori della dota condannano il marito, ed obbligano a lui ed ai suoi eredi, a pagare due volte? Si conosce la giurisprudenza che ha prevalso sulla inalienabilità della dote mobiliare della moglie; si conoscono ancora le strette obbligazioni del marito, come custodi della dote; ne siegue che, se i denari rimessi alla sposa sono periti nelle sue mani, il marito è tenuto di pagarli una seconda volta, egli ha agito con imprudenza. Doveva conservare la dote, ei l'ha lasciato perdere con la sua facilità, doveva proteggerla contro di ogni

videtur male accipere. La moglie commette una mala azione, dopo di avere ricevuto ciò che le era dovuto nel dimandarne al marito un secondo pagamento. Essa non è incapace, sa condursi. Non si deve dipingere più debole di quello che è, per fare ricadere sul marito la responsabilità di una gestione che ha desiderata ed ottenuta. Se vi è stata colpa del marito, vi è stata colpa molto più grande della moglie, e la sanzione è piena di disfavore. Ed in questo senso è stato reso l'arresto della Corte di Lione che abbiamo citato al n. 1341; deve essere preso in grave considerazione.

1350. La separazione dei beni non potendo esser volontaria, ne siegne che la domanda della moglie dovrà essere portata innanzi ai tribunali. Ma fa d'uopo che la moglie ottenga primieramente, con sua supplica, l'autorizzazione del presidente. Questo magistrato può farle le osservazioni che gli sembrano convenevoli per prevenire un rumore disgustoso, ed arrestare una sconsigliata domanda. Se la moglie persiste, il presidente non può ricusare la sua autorizzazione.

1351. Tale permissione basta per autorizzare la moglie minore, e non è necessario che il giudice le nomini un curatore. L'opinione di Pigeau non è seguita, l'assistenza del curatore non le è necessaria se non, quando, dopo di avere ottenuta la separazione, vuole toccare le sue riprese immobiliari, nel qual caso, il curatore è nominato dal consiglio di famiglia.

1352. Come le separazioni di beni interessano nel più alto grado i terzi, e che è accaduto che separazioni non motivate sono venute a disordinare l'economia del regime matrimoniale onde arrecare pregiudizio ai creditori legittimi, il legislatore ricerca che la domanda di separazione riceva una grande pubblicità. Ecco i mezzi indicati per ottenerla: primieramente il cancelliere affigge alla udienza un estratto della domanda di separazione contenente: 1. la data dell'a domanda; 2. i nomi, cognomi, professione e domicilio dei coniugi; 3. il nome ed il domicilio del patrocinatore costituito, il quale è tenuto di rimettere al cancelliere il detto estratto nei tre giorni della domanda.

Un simile estratto deve essere inserito nei quadri posti a tale effetto nell'udienza del tribunal di commercio, nelle camere dei patrocinatori di prima istanza, ed in quelle dei notai. Lo stesso estratto è inserito a cura della moglie in uno dei giornali del luogo ove risiede il tribunale, e, se non ve ne è, in uno di quelli stabiliti nel dipartimento se vi esiste.

1353. Ecco la domanda altamente pubblicata; non è necessario un tempo perchè i creditori ne abbiano conoscenza e che la pubblicità produca il suo effetto. In conseguenza fa d'uopo che scorra il termine di un mese prima che si pronunciasse sentenza di sorta. Durante questo tempo, non possono farsi se non atti conservatori, sequestri, nomina di sequestri, versamento di som-

me nella cassa dei depositi e consegne. Sin che questo termine di un mese non è scorso, non si deve pronunziare sul fondo della domanda nessuna sentenza preparatoria o interlocutoria.

1354. I creditori del marito possono intervenire. Ciò si rannoda con l' art. 1447 (1411).

1355. Che se i creditori trascurano d' intervenire non è questa una ragione perchè i giudici se ne riferiscano alla confessione del marito. Tale confessione può essere concertata con la moglie ; è possibilissimo che la procedura abbia l' apparenza di una lite , e che in fondo si faccia d' intelligenza. I giudici esamineranno dunque a fondo le cose; eglino potranno ordinare la prova testimoniale se la credono necessaria.

1356. Eccoci arrivati alla sentenza. Ma ciò rientra nel commentario degli art. 1444 e 1445 (1408 e 1409), i quali trattano specialmente di questo punto. Noi vedremo quello che concerne l' esecuzione di tale sentenza , la pubblicità che deve ricevere , gli effetti che essa produce.

ARTICOLO 1444 (1408)

La separazione dei beni ancorchè pronunziata dal giudice, è nulla, se non è stata eseguita colla reale soddisfazione dei dritti e ragioni competenti alla moglie, fatta per atto autentico fino alla concorrenza dei beni del marito, o almeno con istanze introdotte e cominciate tra quindici giorni successivi alla sentenza, e continuate senza interruzione.

COMMENTARIO

1357. L' esecuzione seria, reale , pronta della sentenza di separazione è una condizione indispensabile nella validità di questa misura. Se il pericolo della dote è reale , la moglie non deve perdere un momento a ritirarla dalle mani del marito; è suo interesse lo agire con efficacia e con celerità. Che se , invece di premurare la separazione effettiva dei suoi beni, si arresta e temporeggia al momento in cui il giudice viene a far dritto alle sue doglianze , si è autorizzato a pensare che ha ingannato il giudice , e che i coniugi si sono collusi per togliere ai creditori della comunione una parte del loro pegno. Si diceva altre volte che ogni separazione non eseguita era riputata collusoria. Si deve dire sotto il codice civile, che ogni separazione non eseguita prontamente ha questo carattere di collusione. Il codice, più preciso dell' antica giurisprudenza, che non fissava il termine di rigore , ha voluto che la prontezza fosse congiunta alla ferma volontà di agire; perchè la prontezza dell' azione è la pruova migliore della

certezza del pericolo. Fissa dunque un termine di quindici giorni nel quale le procedure devono essere incominciate e continuate senza interruzione. Scorso questo termine, le procedure sono tardive; la collusione si suppone, e la sentenza svanisce. D onde si vede che il legislatore ha voluto fare un tutto solo della separazione e della liquidazione di cui ha circonscritto il principio e le fine nei stretti termini; non si dovevano per altro lasciare le cose nella indecisione.

1358. Vedremo, nel commentario all'art. 1445 (1409), che la sentenza di separezione deve essere accompagnata di una grande pubblicità. Questo rumore è necessario per far conoscere la situazione de' coniugi ed il tocco che ha ricevuto il contratto di matrimonio. L' art. 872 (950) del codice di procedura civile dà delle regole alle quali è uopo ricorrere. Per il momento, supponghiamo che tale pubblicità ha avuto luogo, e non ci occupiamo con l'art. 1444 (1408) che della esecuzione; esecuzione che come abbiamo detto, deve mettersi in movimento con le procedure incominciate ne' quindici giorni, che hanno seguito la sentenza. Osserviamo, prima di andare più innanzi, che questo termine di quindici giorni non è stato prolungato, come alcuni hanno creduto dall'art. 872 (950) del codice di procedura civile. Quest'ultimo art. non deroga all'art. 1444 (1408) del codice civile, ed è sorprendente che la opinione contraria abbia avuto qualche successo innanzi ai tribunali, oggi è abbandonata.

1359. Il termine di quindici giorni corre a datare dall'emissione della sentenza. Segue da ciò che l' art. 155 (249) del Codice di procedura civile, relativo alla esecuzione delle sentenze contumaciali, non è applicabile alle sentenze di separazioni di beni. Così, per esempio, una moglie ottiene la sentenza di separazione il 1. marzo 1820, e questa sentenza è in contumacia: dovrassi aspettare gli otto giorni della notifica per procedersi all' esecuzione di questa sentenza, come prescrive per tesi generale l'art. 155 (249) del Codice di procedure civile? No, l' art. 155 (249) del Codice di procedura civile non potrebbe essere invocato quando si tratta della procedura speciale di cui ci occupiamo. Se ne fosse altrimenti, l'art. 1444 (1408), che imprime alle procedure della moglie un cammino rapido, sarebbe per lo più ineseguibile per l'impossibilità di eseguire ne' brevi termini prescritti da questo articolo, e prima del termine fissato dall' articolo 155 (249).

Se dunque la moglie, prendendo per norma l' art. 155 (249) del Codice di procedura civile, lasciasse scorrere il termine imperiosamente dettato dall' art. 1444 (1408), la separazione sarebbe senza effetto.

1360. Vediamo adesso con quali atti si realizza l'esecuzione della sentenza.

Non è necessario che le vie di esecuzione vengono a provare le querele della moglie. Se la separazione dei beni non deve es-

sere mai volontaria, non ne è lo stesso della esecuzione della sentenza di separazione. Questa esecuzione può essere fatta di accordo tra i coniugi. Il marito, spossessandosi non fa che ubbidire alla giustizia. Nulla di sospetto potrebbe indursi nell'esecuzione di un atto della giustizia che impone l'ordine di ubbidire.

Ecco perchè accade ogni giorno che, ordinata la separazione, i coniugi fanno una liquidazione all'amichevole dei dritti della moglie. L'importante è che tale liquidazione lascia traccia certa della sua esistenza, e che sia costante che la restituzione fosse fatta alla moglie nel termine legale di quindici giorni. L'art. 1444 (1408) esige dunque che il pagamento reale dei dritti e delle riprese della moglie fosse effettuito con un atto autentico; in guisa che un atto sotto firma privata, non registrato, sarebbe insufficiente, se si dovessero prendere alla lettera i termini dei quali si serve il nostro articolo. Tuttavia non sarebbe spingere il rigore all'eccesso intendendolo così? Un arresto della Corte di cassazione del 23 agosto 1825 sembra ammettere una interpetrazione più dolce. Questo è un fare qualche violenza all'articolo 1444 (1408); ma frattanto quale ingiustizia non vi sarebbe nel rendere la moglie vittima di una mancanza di formalità insignificante, quando tutto è stato grave e sincero nella sua condotta e nei suoi atti!

1361. Un altro temperamento deve essere portato all'intelligenza dell'articolo 1444 (1408): ed è che non è necessario che il pagamento integrale dei dritti e delle ragioni della moglie sia stato consumato ne' quindici giorni; basta che tale pagamento sia stato incominciato in questo termine, salvo ad esser ulteriormente completato. Il fine dell'art. 1444 (1408) conduce molto naturalmente all'adozione di questo sentimento. Un primo acconto ricevuto dalla moglie è un fatto di separazione incompatibile con lo stato di comunione. È manifesto quindi che la domanda di separazione non è stata una finzione.

1362. Quando la esecuzione della sentenza non si fa volontariamente, la moglie deve necessariamente entrare nella strada della procedura. Il Codice civile non si spiega meglio delle antiche consuetudini sugli atti a' quali annette il carattere di esecuzione ne' quindici giorni; appartiene a' giudici il vedere la natura di quelli a' quali la moglie ha avuto ricorso.

Ecco alcune indicazioni della giurisprudenza.

La notifica della sentenza nei quindici giorni, col comando di pagare l'ammontare delle condanne è un principio di esecuzione.

Lo stesso è da dirsi della notifica fatta ne' quindici giorni, con intima di conformarsi alla sentenza e di soddisfarvi senza ritardo e sotto le pene di dritto.

Ciò è soprattutto vero, se la notifica col comando di pagare le spese è stata seguita della ripresa fatta dalla moglie, del possesso e della amministrazione dei suoi beni, non essendo sospeso

il pagamento degli altri diritti suoi se non da cause indipendenti dal suo fatto.

1363. Ma la notifica sola della sentenza è uno di quegli atti di procedura che siano tali da soddisfare al voto dell'art. 1440 (1408).

Le opinioni sono divise.

Si citano in favore della moglie due arresti della Corte di Bordeaux del 30 luglio 1833 e 20 marzo 1840. Si cita contro di essa un arresto della Corte di Limoges degli 11 luglio 1839.

Per tesi generale, pensiamo che la notifica della sentenza non costituisce da se sola un atto di esecuzione nel senso dell'art. 1440 (1404). Tuttavia, se dalle circostanze risultasse che la moglie non poteva utilmente far veruno altro atto contro del marito, per esempio, perchè era in fallimento e che non vi era possibilità di passare alla vendita dei suoi beni, siamo di parere che non le si dovrebbe fare un rimprovero di essersi contentata per il momento di questo primo atto.

1364. Un marito ed una moglie liquidano i diritti di quest'ultima, ed obbligano dei valori pel pagamento di ciò che le si deve; soggiungono che il dippiù la moglie se lo farà pagare quando vorrà, si soddisfa non ciò all'art. 1444 (1408)? Un arresto della Corte di Bordeaux degli 11 agosto 1840 decide la negativa. Eccone le ragioni. Ogni separazione giudiziale deve essere rigorosamente eseguita, per non essere sospetta; e non è eseguita quando la moglie, invece di ritirare dalle mani del marito la dote compromessa, invece di discutere con rigore e sino all'esaurimento i beni di questo coniuge dissipatore, gli continua la sua fiducia in tutto o in parte, lasciandolo depositario dei più cari interessi della famiglia. Si può credere che sia sul serio siffatta separazione? Si può supporre che non vi sia collusione tra i coniugi? Non vi è nulla da rispondere a tale concludente argomentazione.

1365. Non basta di avere incominciato le procedure nei quindici giorni, bisogna ancora continuarle senza interruzione. Poco importano le incominciate procedure, se sono abbandonate o neglette. Quando si tratta del pericolo della dote, la negligenza è un segno di collusione, e la legge si arma di diffidenza. La frode è facile tra i coniugi, e non è un mostrarsi ingiusto se si sospetta nel falso sembiante di procedure ed in un simulacro di esecuzione.

1366. Ma quando vi è veramente interruzione nella procedura? La legge non lo dice; essa non può che riferirsene al calcolo stimatore dei giudici. Se non è permesso di scorgere una vera separazione nel caso in cui le procedure incominciate per la forma sono in seguito abbandonate o trascurate, non è ragionevole da un'altra parte di esigere dalla moglie un implacabile accanimento contro del marito. Può accadere che la procedura si rallenti, senza che perciò si trascuri. Mille gravi ragioni si presentano alla spi-

rito per ispiegara un tempo di fermata momentanea. Ecco perchè è stato deciso, secondo le circostanze della causa, che una interruzione di alcuni mesi, anche quasi di un anno, non era sufficiente per far pronunziare l'annullamento della separazione. È riconosciuto da tutti gl'interpetri che se, per esempio, l' interruzione era cagionata dall'assoluta privazione del marito, da difficoltà gravi da sormontare per agire utilmente, da ritardi forzati, si dovrebbe usare riguardo a tali decisive considerazioni. Così la giurisprudenza non manca di seguire questo consiglio.

1367. Vediamo adesso quali persone possono opporre la mancanza di esecuzione e la nullità che ne risulta. Tale quistione dev'essere esaminata rapporto ai creditori, rapporto al marito, rapporto alla moglie.

Rapporto ai creditori non vi è dubbio alcuno. Nel loro interesse soprattutto son state prese la misura di pronte esecuzioni prescritte dall'art. **1444** (**1408**). In mancanza di una esecuzione in tempo utile, possono lagnarsi di collusione e di frode, ed agire come se la separazione non avesse avuto luogo.

1368. Non vi sono frattanto delle distribuzioni da fare tra'creditori ? I creditori posteriori hanno lo stesso dritto de' creditori anteriori ?

Secondo alcuni autori, la nullità può essere opposta da tutti i creditori indistintamente, secondo altri, non si potrebbero ammettere le querele dei creditori che hanno contratto con i coniugi dopo dell'esecuzione tardiva.

Questa seconda opinione è solo la vera. Quando l'esecuzione ha avuto luogo effettivamente quantunque tardivamente, quando i creditori hanno contratto col marito o con la moglie sotto l' impero di questa separazione, pubblicamente eseguita, si può dire che in quel che li concerne la separazione è stata eseguita *senza frode*, come dicevano le antiche consuetudini. I coniugi non hanno inteso ingannarli; nulla di clandestino può essere allegato da loro, e non hanno veruno interesse a dolersi.

1369. Diciamo ancora che i creditori anteriori i quali hanno concorso agli atti di esecuzione tardiva non sono ammessi ad argomentare della nullità dell'art. **1444** (**1408**) : *Volent non fit injuria*. La legge che non ha parlato che nel loro interesse non ha frattanto la pretensione di conoscere questo interesse meglio di loro stessi. Se condanna le collusioni, non ama le cavillazioni.

1370. L'azione dei creditori per fare dichiarare nulla la separazione tardivamente eseguita dura trent'anni. È un' aziona ordinaria, la quale non è limitata da veruno testo ad un minor tempo, perchè si osserverà che l'articolo **873** (**954**) del Cod. di proc. civ. è assolutamente inapplicabile al caso.

1371. Vediamo adesso se il marito è ammesso a querelarsi del-

l'inesecuzione nei quindici giorni. Può dire che la separazione non è seria?

Dichiarando nulla la separazione dei beni, l'art. **1444** (1408) non dice che non è nulla se non rispetto ai creditori, ma che sussiste rapporto al marito. Non distingue e non dobbiamo distinguere più di quello che non fa. Il marito può sostenere che la moglie ha meglio riflettuto ai suoi interessi, che ha abbandonato l'idea di una disgustosa separazione, che ha voluto rientrare nel contratto di matrimonio, e che questo ritorno sempre favorevole ha cancellato la separazione in un modo tanto radicale, che non l'è più stato permesso di ritornarvi con una reminiscenza tardiva. Donde si scorge che il marito non è obbligato di allegare la sua propria collusione. Il ritardo nell'esecuzione gli accorda il dritto di dire, che la moglie si è pentita, e che questo pentimento una volta acquistato rende impossibile il ritorno allo stato di separazione.

1372. Tuttavia, se il marito avesse cooperato agli atti di esecuzione tardiva non sarebbe ammesso a dolersene ulteriormente. Questo è quanto la giurisprudenza ha molte volte deciso: in guisa che, se i creditori ottenevano la nullità nel loro interesse, il marito che avesse volontariamente eseguita la sentenza sarebbe tenuto di rispettarla; vi sarebbero due differenti posizioni, l'una per lui, l'altra per i creditori.

1373. Per quel che concerne la moglie, la reciprocanza esige che possa opporre la nullità al marito, se vi ha interesse, come il marito può opporgliela quando il suo interesse glielo consiglia. L'art. **1444** (1408) è generale, profitta a tutti.

1374. Ma se la moglie ha eseguito la sentenza fuori dei termini, se ha preso la posizione di moglie separata, non sarà ammessa contro del marito a farsi dichiarare in comunione in vista dell'art. **1444** (1408).

1375. Ecco adesso una difficoltà molto seria, in continuazione delle quistioni precedenti:

Ordinariamente sono i creditori che si prevalgono della nullità contro dei coniugi. Frattanto può accadere che i coniugi abbiano interesse di opporla ai creditori: vi avranno dritto?

Non si è di accordo a questo riguardo.

La Corte di Rouen si è pronunziata in favore della ricettibilità dell'azione dei coniugi, ma il maggior numero sposa il partito contrario.

In quanto a me, ecco come scioglie la quistione.

O non vi è stata esecuzione nei termini, neppure dopo;

O vi sono stati atti di esecuzione, tardivi in verità, ma reali.

Nel primo caso, i coniugi hanno dritto ad opporre ai creditori la nullità della separazione; padroni di desistere dalla separazione possono dire che l'hanno abbandonata per ritornare al loro contratto di matrimonio. I creditori non possono dolersi: non vi

era nulla di più facile per loro quanto il sapere che la separazione era stata colpita d'inerzia. Non avendosi fatto presentare gli atti di esecuzione della sentenza, si presume che avessero saputo che non esisteva; si presume che avessero voluto contrarre con i coniugi in comunione.

Nel secondo caso i coniugi non sono ammessi. Non vi è stata dalla parte loro esecuzione? Non sono in possesso dello stato di coniugi separati? La moglie non ha in mano le sue facoltà? Il marito non si è spossessato? Come passare di sopra a tutte queste circostanze? I coniugi verranno ad allegare la loro propria turpitudine ed a dire che hanno agito con uno spirito di collusione? No; chiunque ha concorso alla sentenza di separazione non è ammesso a querelarsi della tardanza di questa esecuzione: questo è quanto abbiamo già visto tre volte, ed è ciò che non è meno vero nella ipotesi attuale.

1376. Gli effetti della nullità sono estesissimi. Tutto si trova rovesciato, sentenza ed istanza precedente. Se si vuol fare pronunziare una nuova separazione, si deve tutto ricominciare.

ARTICOLO 1445 (1409)

Ogni separazione di beni dee primo della esecuzione rendersi pubblica, mediante un affisso ad una tabella a ciò destinata nella sala principale del tribunale civile, ed inoltre, se il marito sia mercante, banchiere o commerciante, in quella del tribunale di commercio del luogo del suo domicilio; e ciò sotto pena di nullità della esecuzione.

La sentenza che pronunzia la separazione dei beni, è retroattiva sino al giorno della domanda.

COMMENTARIO

1377. La rottura di un contratto tanto interessante pei terzi, quanto il contratto di matrimonio non dev'essere clandestina: il pubblico deve sapere che il marito non ha più dritto di disporre delle rendite della moglie, e che la moglie è rientrata in una parte dei suoi dritti; se no i terzi sarebbero circondati di lacci. Nulla di più necessario quanto la pubblicità impressa alle sentenze di separazione. L'antica giurisprudenza la voleva, l'art. 1445 (1409) la esige del pari; ma le misure che ha prescritte non sono sembrate sufficienti; il legislatore le ha completate coll'art. 872 (950) del Codice di procedura civile.

Ecco in che consiste questo insieme di disposizioni.

Non solamente la sentenza dev'essere letta all'udienza del tri-

bunale che la rende, dev' essere ancora letta all'udienza del tribunale di commercio se ve ne ha. L'estratto della sentenza dev'essere inserito in una tabella a ciò destinata ed esposta per lo spazio di un anno nella sala dei tribunali di prima istanza e di commercio del domicilio del marito; poco importa che quest' ultimo non sia commerciante. Se non vi è tribunale di commercio, l'estratto della sentenza resterà esposto nella sala principale della casa comunale del domicilio del marito. Un simile estratto sarà inserito nella tabella esposta nella camera dei patrocinatori e dei notai, se ve ne ha, e vi è sempre nel capo luogo giudiziario di ogni circondario.

Tutto ciò è a pena di nullità dell' esecuzione.

1378. Il tribunale di commercio di cui si tratta è quello nella cui giurisdizione il marito ha il domicilio. Non è necessario che il marito abbia il suo domicilio nella città in cui risiede questo tribunale; in qualunque luogo del circondario sia domiciliato, il tribunale di commercio di questo circondario è il suo, ed è questo tribunale uno degli organi obbligati alla pubblicità delle separazioni dei beni. Si è preteso che, quando il marito risiede in un comune che non è il capoluogo del giudice consolare, l'intervento del tribunale di commercio non è necessario, e che si deve allora pubblicare la sentenza nella casa comunale: questa è una di quelle bizzarre opinioni che non meritano confutazione; non si concepisce come sia stato di bisogno discuterla seriamente.

1379. L'art. 92 della tariffa indica che la sentenza di separazione deve, come la domanda, essere inserita per estratto in un giornale; ma questa formalità non essendo prescritta dagli articoli 1445 (1409) del Codice civile e 872 (950) del Codice di procedura civile, non potrebbe indurre nullità.

1380. Parliamo adesso degli effetti della sentenza di separazione. Il paragrafo finale dell'art. 1445 (1409) vuole che i suoi effetti rimontino al giorno della domanda. La separazione è una misura di protezione; la moglie con la sua domanda ha fatto tuttocciò che ha potuto per garentire i suoi dritti. Quando l' avvenimento viene a pruovare che ha avuto ragione di lamentarsi, è giusto che la sua domanda serva di punto stabile per la norma dei di lei interessi. Tale è, del rimanente, la regola nelle società ordinarie.

Così, se dopo la domanda si sono fatti dalla moglie acquisti di successioni mobiliari, questa successioni non vanno in comunione.

1381. Dippiù, ed al fine di meglio assicurare l'effetto retroattivo della sentenza di separazione, si decide che durante l'istanza di separazione, i dritti di disposizione del marito sono sospesi; l' art. 270 (T.) del Codice civile accorre in sostegno di tale idea. Così, per esempio, il marito non deve vendere senza il consenso della moglie un fondo di commercio; se lo fa la separazione ul·

teriormente pronunziata fa cadere retroattivamente tale atto intempestivo : *Resoluto iure dantis , resolvitur ius accipientis*. Altrimenti , accadrebbe che il marito potrebbe , per cattivo umore , annichilire la comunione , e la moglie resterebbe senza protezione. L'istanza è un tempo di tregua , se ne deve aspettare l'esito.

1382. Tuttavia , quel che venghiamo di dire della disposizione della comunione non si applica alle semplici misure di amministrazione prese in buona fede. Il marito può dunque durante l'istanza di separazione e sino alla sentenza diffinitiva , formare gli affitti dei beni personali della moglie. Quando tali affitti sono esenti di frode , devono essere rispettati : questo è quanto ha giudicato la Corte di Poitiers con un arresto del 21 maggio 1823 , che è buono di consultare a causa della forza dei suoi motivi. E , difatti , poichè , secondo l'art. 1449 (1413) del Codice civile , la moglie non ripiglia l'amministrazione dei suoi beni che con la sentenza di separazione; ne siegue che prima di questa sentenza, l'amministrazione , la quale non potrebbe essere sospesa , resta nelle mani del marito non ancora condannato. La moglie non ha altro mezzo se non quello delle misure conservatorie , e la necessità in cui si è trovato il legislatore di riserbargli questa risorsa prova , da se sola , che l'amministrazione appartiene a tutt'altri che a lei.

1383. Ma tuttocciò cessa di essere applicabile quando l'affitto contiene un carattere sospetto , o quando evidentemente è l'opera di una cattiva amministrazione.

Si reputa sospetto quando sono stati stipolati pagamenti anticipati ; è legalmente sospetto quando il marito non ha agito nell'interesse della moglie. Si può citare per esempio il seguente affitto, contratto sotto condizioni il di cui calcolo è stato sottoposto alla Corte di Riom.

Il 19 giugno 1824 , Maria Flatin , maritata sotto la regola con Crouzeix , forma una domanda di separazione di beni. La procedura è sospesa. Il 18 giugno 1825 Crouzeix affitta a Giovanni Gregorio , per nove anni , un mulino dipendente dai beni della moglie , dovendo incominciare il detto affitto ad un' epoca un poco rimota. Sembra che i coniugi erano in una posizione da lucrare eglino stessi sul mulino e che nessuno urgente bisogno ne rendesse la locazione attualmente necessaria. Le procedure frattanto di separazione sono riprese : una sentenza del 6 luglio autorizza la sposa a provare i fatti di dissipazione ; il 16 gennaro 1826 una sentenza pronunzia la separazione dei beni.

Qualche tempo prima , cioè il 13 dicembre 1825 , la signora Crouzeix aveva citato Gregorio per la nullità dell'affitto. Quest'ultimo non ancora in possesso , almeno tale circostanza sembra risultare dai fatti della causa , quantunque non sia espressamente dichiarata nel ragguaglio. La moglie si credeva autorizzata dall'art. 869 (947) del Codice di procedura civile a prendere questa

misura conservatoria; e, del resto, la separazione pronunziata nel mese susseguente non tardò a dare alla sua azione un carattere più decisivo. Conveniva che il prezzo dell'affitto non era fraudolente; ma sosteneva che in se l'affitto era un atto di mala amministrazione, interamente contrario all'interesse della moglie e dei figli; perchè la privava della possibilità d'impiegare il tempo e l'industria nei lavori di questo mulino e faceva passare ad un estraneo i benefici che la famiglia avrebbe potuto fare per suo proprio conto.

Questo sistema è stato adottato dalla Corte di appello di Riom, i considerando dell'arresto li consacrano in una maniera esplicita. I fatti della causa autorizzano ad esuberanza questa decisione. Vi era stato in tale affitto precipitazione, inutilità: i terzi dovevano essere in guardia; tutte le circostanze dovevano loro provare che il marito agiva imprudentemente.

L'arresto aggiunge un'altro punto di vista.

L'affitto è stato fatto dopo la pubblicazione legale della domanda di separazione; quindi diviene sospetto. La nullità è la conseguenza naturale della pronunzia della separazione dei beni.

Ma ciò è più delicato e contiene una proposizione troppo assoluta: l'affitto non è sospetto pel solo motivo che si è contratto dopo la domanda di separazione. Vi sono in tutto questo delle circostanze da pesare e da coordinare.

1384. Poichè la sentenza che pronunzia la separazione rimonta, in quanto ai suoi effetti, al giorno della domanda, se ne è conchiuso che gl'interessi della dote sono dovuti dal giorno di tale domanda, salvo alla moglie di tener conto degli alimenti che le sono stati forniti per la comunione e della parte con cui ha dovuto contribuire ai pesi del matrimonio. Pothier parla frattanto di un arresto degli 8 aprile 1672 che non aveva giudicato alla moglie gl'interessi che a contare dalla sentenza di separazione; ma ricorda, sulla fede di Lacombe e senza nulla attestare da se, che l'uso del Châtelet era contrario, salvo le deduzioni di dritto. In quanto a lui, se ne riferisce all'equità del giudice. Se gl'interessi della dote non sono considerabilissimi, il giudice potrà compensare gl'interessi con la parte contributiva della moglie ai pesi del matrimonio. Che se il marito ha fatto durare la lite con le sue procedure, onde profittare degl'interessi della dote che gli offrivano vantaggi, allora farà d'uopo approvare gl'interessi della domanda di separazione, salvo le dette deduzioni.

Per me, non so, se è vero il dire che per principio l'effetto retroattivo è applicabile agl'interessi della dote. Due idee mi conducono piuttosto all'opinione contraria. La prima, è che gl'interessi sono, in generale, la pena di un ritardo nel pagamento, se il marito non può pagare prima della sentenza. La seconda, è che aspettando la sentenza di separazione, il marito deve soste-

nere i pesi del matrimonio. Or gl' interessi della dote hanno precisamente per iscopo di sostenere questi pesi comuni.

Il marito dunque deve goderne. Sarei dunque di parere di preferire l'arresto del parlamento di Parigi degli 8 aprile 1672, e questo è quanto ha deciso la camera dei ricorsi con arresto di rigetto del 28 marzo 1848 sul rapporto del sig. Mestardier, e sulle conclusioni del sig. Glandaz, avvocato generale.

Con maggior ragione ciò sarebbe vero se la causa di separazione fosse stata trascinata a lungo da progetti di assetto, o da esitazioni suggerite dal desiderio di non fare spiacevoli rumori. La situazione del marito sarebbe intollerabile se si mettessero a suo conto gl' interessi della dote.

1385. Se le lungherie della causa vengono dal fatto del marito, Pothier, consente, come si è visto, a far correre gl' interessi dal giorno della domanda, salve le deduzioni. Io non sono in nessun modo convinto dell'aggiustatezza di tale opinione. La moglie può premurare ed insistere. In quanto al marito, poichè avrebbe fatto un pagamento nullo se avesse pagato avanti della sentenza, poichè deve, da un altro canto; sostenere i pesi di una comunione che ha i suoi bisogni quotidianamente, non deve nulla, sin che la separazione non è pronunziata.

1386. Venghiamo di vedere la regola ed i limiti dello effetto retroattivo della separazione.

Ma questo effetto retroattivo tanto giuridico e tanto equo quando non si tratta tra i coniugi che di una semplice separazione di beni, avrà parimente luogo quando la separazione dei beni non sarà se non l'accessorio di una separazione personale intentata dal marito contro la sposa per causa dell'adulterio di costei? Si deciderà che gli effetti della separazione rimonteranno al giorno di tale domanda e si applicherà ad una moglie colpevole, contro della quale la separazione è stata pronunziata come pena, una disposizione introdotta in favore di una moglie vittima della dissipazione del marito ed avente contro di questo stesso marito il carattere di pena?

Con arresto della Corte reale di Limoges del 17 giugno 1835, è stato deciso che l'art. 1445 (1409) non distingue. In conseguenza, la sposa colpevole e convenuta dal marito, è stata dichiarata aver dritto agl' interessi della dote, a contare dalla domanda introdotta dal marito.

Questo arresto non mi sembra cattivo che in un punto: ed è che applica agl' interessi della dote l'effetto retroattivo, il quale non concerne questo caso particolare, secondo le ragioni che abbiamo dedotto al num. 1383. Ma io lo considero come giuridico, sin che decide che l'art. 1445 (1409), generale ed assoluto, fa rimontare al giorno della domanda gli effetti legali della separazione, sia che la domanda di separazione fosse principale, sia che fosse accessoria di una separazione personale domandata dal ma-

rito. E difatti, di che si sorprendono coloro i quali non vogliono che l'art. 1445 (1409) sia relativo alla separazione dei beni accessori delle separazioni personali? Non è il marito che, domandando la separazione personale, domanda nello stesso tempo che fosse sciolta la comunione, e che fosse rotto il contratto di matrimonio? Che si fa dunque altra cosa se non accordargli ciò che richiede dal giorno della domanda.

Sotto il punto morale di vista, vi è vantaggio nel gridare alla ingiustizia?

Un marito ha trovato in adulterio la moglie, e domanda la separazione personale, cioè che non vuole avere nulla in comune con lei, che ripudia la sua persona, che ha in orrore la sua società. Ah! sì, ci si dice allontanamento per la persona, ma non allontanamento per i beni. Gli scudi non sono colpevoli di adulterio, e come diceva un imperatore romano, non puzzano, io dico, al contrario, che puzzano; e che sarebbe il peggiore degli uomini colui che rispingendo la società delle persone, volesse trar partito della società dei beni, e prendere un riscatto del suo disonore sulle facoltà di una moglie che lo ha vilmente tradito.

Lo ripeto: il marito è attore; si ha fatto la sua posizione; ha domandato la separazione dei beni. Dal giorno in cui l'ha domandata, ha dovuto comprendere che non gli competeva più il comportarsi da sovrano sopra di questa comunione, che non poteva più smembrarla con le vendite, che non poteva più profittare degli aumenti di valori accaduti per mezzo delle successioni pervenute ad una moglie che ripudia. Domandare lo scioglimento della comunione vale lo stesso che interdirsi da se stesso tutte queste cose.

1387. Supponghiamo adesso che sia la moglie che domandi la separazione personale, ed accessoriamente la separazione dei beni: perchè la separazione pronunziata non avrebbe lo stesso effetto retroattivo come quando è domandata principalmente? Quando la domanda di separazione è principale e fondata sulla dissipazione del marito; quando è accessoria di una separazione, si appoggia sulla violenza, gli eccessi, sevizie, ingiurie. Quest' ultimo caso conduce a maggiore indulgenza del primo? Non ha la moglie il dritto di ottenere ciò che domanda a datare dalla sua azione?

1388. Si oppone l'art. 271 (T.) del Codice civile, preso dal titolo *del Divorzio*, il quale non dichiara nulli gli atti di disposizione fatti dal marito durante l'istanza se non quando sono fatti in frode de' dritti della moglie. Da ciò questo argomento, che, al primo aspetto, ha qualche cosa di specioso: che! in materia di divorzio, quando il marito è posto sotto il colpo di una domanda che sporterà alla rottura del legame, può frattanto vendere di buona fede gl' immobili della comunione, e si vorrebbe che avesse le mani legate da una semplice domanda di separazione personale! Si deve

dunque dire che la separazione de' beni accessoria della separazione personale non ha effetto retroattivo, e che durante l'istanza, il marito è rimasto padrone di agire, senza frode come se la domanda non esistesse.

Ecco come si scioglie tale obiezione.

Ogni volta che, durante la causa di separazione personale, il marito si mette in rapporto di affari con i terzi, gli atti che fa con questi ultimi, non portano necessariamente il carattere di frode che li rende nulli *ipso facto*. I terzi non sono avvertiti di una causa di separazione personale o di divorzio, come di una causa specialmente intentata per la separazione de' beni. La domanda nel primo caso non è pubblicata come nel secondo. Come non si suppone che una domanda di separazione personale o di divorzio sia l'effetto della collusione, non sia ricercata la pubblicità accordata alla domanda di separazione di beni, sul timore delle frodi nascoste e pericolosissime per i terzi. Da ciò la conseguenza, che i terzi, non essendo tenuti di conoscere quello che accade, possono contrarre col marito come se nulla avesse alterato il suo dritto. Basta che la buona fede abbia preseduto alle loro convenzioni.

Ma da ciò, che la separazione ulteriormente pronunziata non ha effetto retroattivo contro i terzi di buona fede, non ne segue che fra coniugi l'art. 1445 (1409) non conserva tutta la sua forza; e, per esempio, si avrebbe torto di conchiudere, con una estesissima generalizzazione dell'art. 271 (T.) che le successioni mobiliari pervenute alla moglie, durante l'istanza di separazione personale, cadano nella comunione. L'art. 271 (T.) si spiega con ragioni speciali pel suo caso particolare. Ma si limita per questo caso l'art. 1445 (1409), non lo tocca in nulla per gli altri.

1389. Venghiamo di parlare de' terzi; ma ciò che ne abbiamo detto era dominato dal punto di vista speciale dell'art. 271 (T.). Vediamo se, in tutte le altre ipotesi, l'effetto retroattivo annesso alla sentenza di separazione di beni milita contro di loro.

Tale quistione non è uniformemente risoluta.

Pigeau non vuole che si possa opporre a' terzi l'effetto retroattivo, ed alcuni arresti vengono in soccorso di tale opinione. Ma non può sostenersi se non in due casi: 1 quando si tratta di atti di amministrazione lasciati in potere del marito; 2 quando si tratta di atti fatti durante la istanza di separazione personale, la quale non essendo pubblicata come abbiamo detto nel numero precedente, non pone i terzi nell'interdetto di contrarre col marito. In tutte le altre situazioni, l'opinione di Pigeau non si può sostenere, e noi la rigettiamo. E difatti, perchè la domanda di separazione di beni deve essere resa pubblica, se non è pel motivo che i terzi, sufficientemente prevenuti, non trattino più col marito come signore e padrone della comunione, onde sappiano che i suoi dritti di disposizione sono sospesi. Così abbiamo veduto al numero 1381, che una vendita de' beni della comunione, fatta dal marito dopo

la domanda di separazione, è nulla anche rapporto a' terzi imprudenti che contraggono con lui.

Senza dubbio, lo ripeto, i terzi potranno contrarre col marito ciò che concerne gli atti di semplice amministrazione, ma devono astenersi dagli atti più gravi, che sono atti di disposizione e che impoveriscono la comunione nel tempo che la moglie ne aspetta la divisione.

È dunque vero che l'effetto retroattivo si estende a' terzi come al marito; questa è la ragione per cui diremo che i creditori non hanno il dritto di fare sequestrare durante la istanza i frutti e le rendite de' beni personali della moglie.

1390. Ecco ciò che abbiamo da dire sull'effetto retroattivo della sentenza di separazione de' beni.

In quanto a' dritti che la separazione de' beni accorda alla moglie, li passeremo in rivista nel commentario degli art. 1449 (1413) e seguenti, che fissano la nuova situazione per la moglie.

1391. Qui aggiungiamo ricordando ciò che abbiamo detto nel commentario dell' art. 1441 (1405) che il principale effetto della separaziona de' beni è quello di sciogliere la comunione. La moglie acquista in conseguenza il dritto di ripudiarla o di accettarla, conforme all' art. 1453 (1418).

A questo proposito, osserveremo una opinione singolare di Renusson, il quale voleva che la moglie non fosse ammessa nella sua domanda di separazione, se non dichiarava nello stesso tempo che rinunziava alla comunione. Perchè, diceva, la moglie che non rinunzia fa conoscere che la comunione è buona, e che le sue querele contro del marito sono esagerate. Ciò che vi ha di sorprendente si è che questa falsa idea abbia trovato eco nei discorsi del tribunato emanati da Duvayrier e di Mouricault. Ma non ve ne ha di più condannabile. È evidente, al contrario che la domanda di separazione di beni non è necessariamente legata con una rinunzia alla comunione. È anche possibile che la comunione fosse opulenta, quantunque avesse luogo la separazione. Questo è quanto accade sovente quando la separazione di beni è accessoria della separazione personale. Un marito può essere violento per la moglie, ed economico nella famiglia. Allora la moglie ha un pari interesse a separarsi ed accettare la comunione.

Aggiungiamo che, anche nel caso di dissipazione, la separazione può camminare qualche volta con l'accettazione della comunione. Difatti non si aspetta sempre che il marito abbia ruinato tutti i beni della comunione, per domandare la separazione. Si può abbadare a tempo onde arrestare il corso della sua mala condotta, ed ottenere il momento in cui la comunione conserva ancora risorse preziose per la moglie e per i figli. Allora la separazione ha lo scopo di salvare i dritti che sono assicurati alla moglie come comune diritto che non deve perdere, poichè non ha peccato: » In omnibus, ex quibus, ex mariti facto, separatio

contingit; *dotarium*, *donationes*, COMMUNIONEM ANTE FACTAM, *integra feminae manere quae*, *ipsa non deliquit.* » Tale era l'opinione di Lebrun di Pothier. Tale è la sola che la ragione permette di ammettere ancora sotto il Codice civile.

ARTICOLO 1446 (1410)

I creditori particolari della moglie non possono senza il di lei consenso domandare la separazione dei beni. Nondimeno in caso di fallimento o di prossima decozione del marito, possono nei casi della ragione della loro debitrice sino alla concorrenza della somma dei loro crediti.

COMMENTARIO

1392. Il dritto di domandare la separazione dei beni non appartiene che alla moglie. Se la separazione è una misura piena di equità, può ancora addivenire una misura piena d'ingiustizia. Tutto dipende dallo spirito che spinge le doglianze della moglie, Sovente è utile di accordare la separaziona per lo interesse della moglie e di una intera famiglia. Qualche volta ancora si bisogna ricusare per l'onore della moglie, la quale non deve venirne agli estremi per alcune perdite causate da mala fortuna. Sono questa ragioni che hanno fatto proscrivere in parte le separazioni volontarie e reso necessario e forzato l'intervento del giudice onde spezzare il contratto di matrimonio.

Or, poichè l'affetto coniugale, malgrado il suo impero, non è sembrato abbastanza potente per servire da se solo di barriera alle separazioni temerariamente domandate, quanto sarebbe stato imprudente di abbandonare tale misura ai creditori della moglie, i quali non avrebbero il freno dell'amicizia, e non risentirebbero che il pungolo dell'interesse! Dovrebbero dunque penetrare nell'interno della famiglia, scrutarne i segreti, interporsi tra marito e moglie per turbare i loro rapporti, accusare il capo di famiglia e portare la discordia dove deve regnare l'unione dalla volontà.

Il dritto di domandare la separazione è dunque un dritto personale, che non sorpassa la persona della moglie, a che ella sola può esercitare nella libertà del suo esame, respingendo così con una eccezione chi volesse esercitarla suo malgrado ed in di lei vece.

Osservate che noi diciamo che questo dritto è personale, ma non personalissimo, per servirci della espressione dei dottori. Si vedranno al n. 1394 e 1395 le ragioni che non permettono di andare sino a questo superlativo.

In quanto al carattere personale dell'azione di separazione, non è dal giorno di oggi che dessa ne è rivestita; tale era ancora la giurisprudenza stabilita dagli interpetri del dritto romano. Eglino si accordano nello stabilire che la moglie non poteva essere forzata ad esercitare suo malgrado il dritto di ritirare la dote dalle mani del marito, ed invocavano in appoggio di tale dottrina la L. unic. al C., *ut nemo invitus*, la quale non poteva essere meglio applicata: « *Invitus agere vel accusare nemo cogatur.* »

È difatti, accusare la gestione del marito lo intentare contro di lui una domanda di separazione dei beni per causa di mala condotta o di cattiva amministrazione.

1393. Ma se la moglie accorda il suo consenso ai creditori, questi ultimi non sono più arrestati da una eccezione nell'azione per la separazione dei beni, è come se la moglie stesso la esercitasse. Penserei pure che dovrebbero esercitarla in suo nome.

Solamente si può domandare se la moglie, dopo di avere dato il consenso potrebbe ritirarlo ed arrestare così il cammino della procedura. La risposta è che la moglie non ha dato che un mandato, e che è, in conseguenza padrona di rivocarlo a suo beneplacito.

Secondo Rodiére e Pont, la moglie dovrebbe, in questo caso, indennizzare i creditori delle spese da loro anticipate, in conseguenza del suo sconsigliato consenso. Secondo il nostro parere, bisogna farvi bene attenzione prie di fare ricadere sulla moglie tale responsabilità; per lo più, sono i creditori i quali sono venuti a sollecitarla per ottenere il suo consenso; ella ha ceduto alle loro istanze, ed il suo mandato non ha avuto nulla di spontaneo. Si sente che vi sono grandissime differenze tra il caso in cui il mandatario si è spinto oltre il mandato, e quello in cui il mandante è andato al di là del mandatario. Da un altro lato la moglie può avere giuste ragioni per ritirare il suo consenso. La posizione del marito forse ha cambiato; e giudicando che la procedura di separazione deve arrestarsi, non fa forse che un atto di saviezza e di moglie attaccata al marito. Tuttocciò deve essere preso in considerazione, è chiaro che in ciò non vi ha nulla di assoluto.

1394. L'azione di separazione è talmente personale alla moglie, che è sembrato a taluni giureconsulti che, quando le moglie muore durante la lite e prima della sentenze di separaziona, i suoi eredi non possono ripigliare e continuare la istanza.

Ciò mi sembra esagerato. La moglie ha posto in movimento il suo dritto; essa lo tresmette ai suoi eredi, senza che qui si possano allegare ragioni che rechino una eccesione contro i creditori che agiscono suo malgrado. Tuttocciò che vuole la legge, è che l'azione di separaziona non abbia luogo *in vita muliere*, come dice

Godofredo. Or, qui, non è fatta alcuna violenza alla sua volontà, poichè essa aveva preso spontaneamente l'iniziativa.

E non si dovrebbe obiettare che, la morte della moglie ponendo fine alla comunione, la separazione oramai è senza oggetto. Facciamo attenzione al principio stabilito dall'art. 1445 (1409), cioè, che la sentenza di separazione produce un effetto retroattivo dal giorno della domanda. Or può essere importantissimo per gli eredi della moglie che la separazione prenda la data dal giorno della morte. Perchè dunque ricusar loro il benefizio della loro situazione?

1395. Tuttocciò che venghiamo di dire sulla illegittimità dell'ingerenza dei creditori negli affari della comunione è di ogni certezza, sin che il disordine del marito non è scoppiato e che la piaga rimane nascosta nel segreto della famiglia. Ma se il disordine si è manifestato con segni certi, come il fallimento e la decozione, allora gli stessi maneggi non sono più necessari, ed i creditori sono autorizzati ad esercitare i dritti della loro debitrice. Il fallimento e la decozione forzano a mostarsi i dritti di tutti: la moglie creditrice del marito, non può del pari degli altri rimanere da canto, vi è in qualche modo separazione di pieno dritto. Allora non risulta verun inconveniente per l'intervento dei creditori. Eglino non vengono a turbare la famiglia, mettendo indiscretamente allo scoperto una situazione che col segreto, avrebbe potuto ristabilirsi. La trista verità è conosciuta; è un fatto che abbonda di pruove. I dritti della moglie sono in qualche modo aperti ed essa non può opporre ai suoi creditori una ostinata resistenza; ciò sentirebbe ormai di mala fede. I creditori personali della moglie potranno dunque esercitare i dritti della debitrice sino alla concorrenza del loro credito.

1396. Ma da quali segni apparenti si farà risultare il fallimento del marito?

È stato deciso che un processo verbale di carenza, redatto nel domicilio del marito, non era sufficiente per stabilirne la pruova. Sarebbe, difatti, possibile, che il marito possedesse altri mobili ed anche immobili. Il fallimento non risulterà dunque che da uno stato di ruina generale, nel quale saranno venute a traboccare tutte le risorse del marito. La pruova non ne sarà difficile quando siffatto infausto stato sarà certo: la fuga, la carcerazione, la espropriazione, la massa enorme dei debiti, le confessioni dei coniugi, l'abbandono ai creditori, la notorietà stessa, tuttocciò racchiude le pruove più certe della decadenza del capo di famiglia.

ARTICOLO **1447 (1411)**

I creditori del marito possono reclamare contro la separazione dei beni pronunziata dal giudice , ed anche eseguita in frode dei loro dritti : possono ancora intervenire al giudizio per opporsi alla domanda di separazione.

COMMENTARIO

1397. Non ha bastato al legislatore di aver fatto della separazione dei beni e della liquidazione un sol tutto , di cui ha circonscritto il principio e la fine negli stretti limiti onde non lasciare nella indecisione la situazione reciproca dei coniugi ; ha ancora voluto che i creditori del marito, pei quali la separazione è un avvenimento colanto grave , potessero seguire e sorvegliare i di loro interessi , attaccare la separazione , se non è sincera , attaccare ancora la liquidazione se è stata fraudolenta. In ogni tempo , vi sono state separazioni che sono state l'effetto della collusione ; in ogni tempo ancora , si è sentita la necessità di lasciare ai creditori una via aperta per forzare i coniugi a rientrare nella verità. L'art. **1447 (1411)** assicura loro questo dritto importante. Esaminiamolo nei suoi dettagli.

1398. Primieramente, prima che la istanza di separazione non sia terminata , i creditori del marito possono intervenire all'istanza , onde pruovare che i pericoli allegati dalla moglie sono esagerati e che essa non corre rischio per i suoi dritti e per le sue ragioni. Questo punto di procedura indicato dall'art. **1447 (1411)** del Codice civile , è più ampiamente regolato dall'art. **871 (949)** del Codice di procedura civile al quale vi rimandiamo.

1399. Supponghiamo adesso che sia emessa la sentenza di separazione, senza che i creditori vi siano intervenuti ; supponghiamo ancora che sia stata regolarmente seguita ; i creditori del marito per ciò non saranno disarmati. Potranno sostenere che la religione dei giudici è stata sorpresa da un vano simulacro e che la separazione è stata fatta in frode dei loro dritti.

Ma questa opposizione di terzo dei creditori è circonscritta in un breve termine : l'art. **873 (951)** del Codice di procedura l'ha limitata ad un anno. La ragione ne è semplice. La sentenza ha ricevuto una grande pubblicità ; l'estratto ne rimane esposto per lo spazio di un anno. Questa esposizione è un appello a' creditori , una messa in mora per far valere i di loro dritti. Eglino sono riprensibili ; sono colpevoli di negligenza , quando sono rimasti per tutto quest' anno nell' inazione. Ovvero si presume che abbiano approvata la separazione.

1400. Ma è possibile che la sentenza di separazione racchiuda nello stesso tempo due punti distinti: 1° la separazione; 2° la liquidazione dei dritti e delle ragioni della moglie. Or, se i creditori non sono ammessi dopo l'anno ad opporsi alla sentenza di separazione regolarmente emessa, hanno maggior latitudine per contrastare la liquidazione di cui credono avere a lagnarsi?

Dopo lunghe esitazioni, oggi è molto generalmente ammesso che si deve fare una distinzione tra la separazione e la liquidazione; che l'art. 873 (951) del Codice di procedura non accorda una eccezione se non contra l'attacco diretto contro della stessa separazione: ma che, ammessa e non contrastata la separazione, è possibile che la liquidazione sia stata fraudolenta, che i creditori non siano stati nel caso di verificarla; che non debbono in conseguenza, trovare una barriera contro la loro azione che nella prescrizione ordinaria. Questo sistema è stato consacrato da un arresto della Corte di cassazione degli 11 novembre 1835, il quale deroga ad una giurisprudenza più antica.

In quanto a noi pensiamo, che questo sistema debba prevalere. Supponghiamo che la liquidazione non sia contenuta nella sentenza di separazione, e che non abbia luogo se non dopo: i creditori evidentemente avranno trent'anni per impugnarla. Perchè dunque il loro dritto sarebbe ridotto al minimo del tempo da tale circostanza accidentale ed insignificante, che la liquidazione è contenuta nella stessa sentenza di separazione?

Se la sentenza di separazione non deve rimanere dopo lungo tempo incerta, è perchè statuiscono sullo stato dei coniugi, e rompe il contratto di matrimonio. Non vi sono gli stessi motivi di urgenza quando non si tratta se non di una semplice liquidazione.

Aggiungiamo che le misure di pubblicità richieste dalla legge non hanno di mira che la stessa separazione, a causa del cambiamento che va a risultarne nello stato dei coniugi e nei loro rapporti con i terzi. Elle sono estranee alla liquidazione è fatta troppo tardi non vi è pubblicità sul conto della liquidazione. Che importa dunque che, per una circostanza fortuita, la liquidazione si trova inserita in una sentenza destinata alla pubblicità? Si ripete: questo accidente non altera il dritto dei creditori. Hanno trent'anni per esercitare il loro dritto; perchè tale è il dritto comune, e nessuna legge speciale non ha espressamente derogato al principio che i creditori hanno trent'anni per formare opposizione di terzo alle sentenze che li pregiudicano.

1401. I creditori dei quali parla l'art. 1447 (1411) non sono solamente i creditori i di cui dritti sono attuali; sono ancora coloro i di cui dritti sono condizionali o a termine.

1402. Il nostro articolo non parla se non dei creditori del marito. I creditori della moglie non hanno gli stessi dritti? Non hanno interesse che alla separazione, interesse regolato dall'art. 1446 (1410)?

Non ne hanno perchè i coniugi rimanghino in comunione e sotto l'egida del contratto di matrimonio?

Gli articoli 1447 (1411) del Codice civile ed 873 (951) del Codice di procedura civile sembrano di non conoscere questo interesse.

E difatti i creditori personali della moglie, intendo quelli che non sono ancora creditori della comunione, si trovano per così dire paralizzati sin che dure la comunione senza ricorso sul mobiliare, poichè questo mobiliare è la cosa della comunione, senza azione sopra i frutti dei beni personali, poichè questi frutti sono parimente entrati in comunione, sono ridotti a rivolgersi sulla nuda proprietà; egli hanno dunque interesse alla separazione, e quando la moglie la domanda, essa fa il loro negozio affrettando il momento nel quale potranno pagarsi su i valori attuali. Stabiliamo questa ipotesi: una moglie è condannata ad una grossa ammenda per delitto. Non essendo, il marito e la comunione tenuti per questa ammenda (art. 1424 (T.), non avranno nessuno interesse a prestarsi ad una separazione fittizia; la moglie avrà, dal suo canto, un interesse opposto alla separazione.

1403. L'art. 1447 (1411) suppone che tutto è passato regolarmente nella procedura di separazione, nella sentenza e nella esecuzione. Se si apre un'azione ai creditori, è a causa della collusione e della frode che possono nascondersi sotto forme in apparenza regolari.

Che se la procedura è stata irregolare, l'azione dei creditori trova la sua norma nelle nozioni che abbiamo esposte al n. 1370.

ARTICOLO 1448 (1412)

La moglie che ha ottenuta la separazione dei beni; deve contribuire in proporzione delle sue facoltà e di quelle del marito, alle spese domestiche ed a quelle della educazione della prole; queste spese sono interamente a di lei carico, se niente rimane al marito.

ARTICOLO 1449 (1413)

La moglie separata, sia di beni e di persona, sia di beni solamente, ne reassume la libera amministrazione: essa può disporre dei suoi beni mobili, ed alienarli; non può alienare i suoi immobili senza l' assenso del marito, o se ricusi di prestarlo, senza l' autorizzazione del giudice.

COMMENTARIO

1404. L'autorità maritale è fondata sopra l'ordine della natura e sulle leggi divine ed umane. Non voglio parlare di quell'autorità maritale che la ferocia romana spingeva sino ai più odiosi eccessi, nè di quella che la rozzezza dei nostri barbari antenati non concepiva che come una specie di dritto di proprietà sulla sposa. Quella di cui parlo ha per base l'amore e l'assistenza. Il marito come più forte è il protettore ed il consigliere naturale della moglie che è la più debole.

Se la separazione dei beni avesse gli stessi effetti del divorzio, non si dovrebbe esitare a dire che libera la moglie della tutela del marito. Il divorzio rompe il matrimonio, rende la libertà alla moglie.

Ma la separazione dei beni non si avvicina a questi estremi effetti; lascia sussistere il matrimonio; accorda alla moglie il dritto di ripigliarsi quel che ha portato, compromesso dalla dissipazione del marito. Sarebbe troppo duro spezzare il legame del matrimonio (se pure è vero che il matrimonio possa sciogliersi), per la sola considerazione del cattivo governo domestico del marito. Basta a rendere alla moglie l' amministrazione del suo patrimonio.

1405. Qui comincia una difficoltà.

Se la separazione dei beni non sottrae la persona della moglie dall' autorità del marito, almeno non deve far cessare la di lui autorità sopra i beni? La dignità del matrimonio, lo stato della moglie esigono che la sua persona fosse sempre subordinata all'autorità maritale; ma deve esserne lo stesso dei suoi beni? Si deve sottoporre, sotto questo rapporto all' autorità di un marito dissi-

patore, imprudente che non ha saputo regolare da se stesso i propri beni, e che è per la moglie sua guida senza autorità morale? Non si deve lasciare alla moglie la disposizione dei beni?

1406. I Romani, sempre diffidenti della debolezza e della imprudenza delle donne, non avevano pensato che la moglie separata potesse disporre della dote. Ella ne riprendeva l'amministrazione e nulla di più. Si sono molti serviti da questo precedente nel dritto francese; ma io non lo considero come sufficientemente decisivo. In Roma l'autorizzazione maritale non era organizzata. L'impotenza della moglie di alienare i suoi beni teneva dalla inalienabilità della dote, sempre sussistente dopo della separazione; non si rannodava all'autorità del marito.

1407. Nel nostro antico dritto francese, fu stabilita tale quistione, ed, in molti, la consuetudine decise la moglie in comunione, riprendendo i beni, riprendeva la libertà di disporre. Non era soltanto per l'amministrazione che era liberata dall'autorizzazione maritale, lo era ancora per la stessa disposizione del suo avere; in guisa che la moglie riceveva, con la separazione, una emancipazione quasi intiera. Era uno spingersi troppo lontano.

Senza dubbio, l'autorità del marito è alterata dalla separazione dei beni; ei perde la signoria dei beni come comune. Ma la separazione non gli toglie l'autorità sulla persona della moglie; è sempre il suo capo. Se gli fa perdere i suoi dritti come signore della comunione, gli lascia i dritti come marito. Or, sia che è marito, sia che ha autorità sulla persona della moglie, ha dritto sulla volontà con le quali disporrebbe alla del suo avere, di quello avere che è la risorsa della famiglia.

Checchè ne sia, vi erano consuetudini le quali si spingevano sino a decidere che la moglie separata poteva disporre dei mobili e degl'immobili come se non fosse maritata; ciò che aveva dato luogo di dire a Dumoulin della moglie separata sotto tali consuetudini. *Non est amplius in potestate viri*, come se fosse stata emancipata. E Gousset, sopra l'articolo 69 della consuetudine di Chaumont, insegnava ancora che *mulier exit extra potestatem viri; sui iuris et legitima persona efficitur aeque ac si vir naturaliter moriretur*.

1408. Pur tuttavia, questo non era il dritto comune. Io lo ripeto, la separazione non rende il marito e la moglie estranei l'uno all'altro, sia sotto il rapporto dell'affetto, sia sotto il rapporto dell'interesse. Il matrimonio sussiste, e con lui la dignità del marito e la sua superiorità come capo dell'associazione. È interessato perchè la moglie non si spogli temerariamente delle sue facoltà, onde contribuire ai pesi del matrimonio, ad assicurare l'avvenire dei figli nati e da nascere. Così il dritto comune della Francia era ben lontano dall'accordare alla moglie separata la pienezza della separazione dei beni. La consuetudine di Parigi, che ne era la espressione, faceva distinzione tra le alienazioni d'immobili e

le obbligazioni del mobiliare. La moglie quantunque separata non poteva alienare gl' immobili nè obbligarli senza l' autorizzazione del marito. Ma secondo l'art.234, poteva obbligarsi personalmente sopra i suoi mobili, senza essere autorizzata.

1409. Era senza dubbio meno delle consuetudini che annettavano alle separazioni un effetto di liberazione. Ma non era troppo ancora? Basnage, autore normanno, che non aveva un grande amore per la consuetudine di Parigi, le rimprovera di avere incoraggito con questa disposizione la licenza delle mogli e di essere stata la sorgente di più di un errore.

L' esperienza, difatti, non tardò a dimostrare che tale libertà di obbligarsi poteva prodorre disgustose conseguenze. Così la giurisprudenza, rifacendo la consuetudine, limitò il dritto della moglie ai semplici atti di amministrazione. Delauriére insegna quanto segue: « si tiene oggi per massima che la separazione non opera precisamente se non quello che produce l'emancipazione rapporto ai minori, che non li autorizza se non per la libera amministrazione delle loro rendite ». Noi vi ritorneremo or ora; pel momento, osserviamo che era evidentemente un modificare la consuetudine. Ma la giurisprudenza agiva nel pubblico interesse. Andiamo a vedere che quello che la giurisprudenza ha fatto per la consuetudine di Parigi, l' ha fatto ancora per l' art. 1449 (1413) del Codice civile.

1410. E difatti, l' articolo 1448 (1412) contiene testualmente che la moglie separata sia personalmente, sia di beni, può disporre del mobiliare ed alienarlo.

Or, accordare alla moglie l' autorizzaziona di disporre liberamente delle sue rendite e del suo mobiliare e di alienare questo mobiliare senza autorizzazione, vale o creare una eccezione al dritto comune, scritto nell' articolo 217 (206) del Codice civile, o almeno servirsi di una relazione che non accorda con l'articolo 217 (206), e che, presa alla lettera, potrebbe fare antinomia con questa disposizione. E, siccome la giurisprudenza non poteva ammettere una eccezione non motivata dall' articolo 217 (206), e che è un articolo di principio; come non poteva più supporre un antinomia, ha dunque ricorso alla conciliazione, e decide che l' articolo 1449 (1413) non deve intendersi che delle alienazioni del mobiliare che portano il carattere di atti di amministrazione, e non di quelle il di cui carattere è più grave per la moglie, e che sono il risultato di obbligazioni personali non autorizzate dal marito.

Ecco la ragione perchè è stato giudicato che l' articolo 1449 (1413) non accorda alla moglie non autorizzata dal marito, il dritto di sottoscrivere impegni e di contrarre obbligazioni; perchè la moglie abbandonata a se stessa sarebbe esposta ad essere sorpresa; le si farebbero sottoscrivere obbligazioni indeterminate che che la ridurrebbero allo stato deplorabile di vedere perpetuamente

sequestrate le sue rendite. I figli sarebbero esposti a mancare del necessario, ed il governo domestico, indebitato e distrutto, offrirebbe, allato al fallimento del marito, il tristo spettacolo di una sposa aggravata. È troppo che il marito sia ruinato, non si deve permettere alla moglie di rovinarsi. Di che si dorrebbe il creditore? non è favorito: doveva sapere che la moglie non autorizzata è incapace (art. 217 (206) del Codice civile).

La giurisprudenza ha dunque mantenuto il principio dell'autorizzazione maritale, sul quale riposano l'onore del matrimonio, l'interesse della moglie e quello dei figli.

1411. Si presenta frattanto l'obiezione imbarazzante sulla quale si è dovuto passare per arrivare a questo risultato; se la moglie può alienare il mobiliare senza autorizzazione, perchè non potrebbe obbligarsi a pagare su di questo mobiliare e sino alla concorrenza di questo mobiliare, delle somme da lei ricevute senza autorizzazione? Fa altra cosa se non obbligarsi a consegnare al creditore questa facoltà mobiliare della quale ha l'intiera e libera disposizione: senza dubbio, le obbligazioni della moglie saranno nulle per essere eseguite sugl'immobili, ma sia che le obbligazioni non colpiranno che i mobili vi saranno eseguite su i beni mobiliari della moglie, non sorpassano il dritto accordato dall'articolo 1449 (1418).

Tale obiezione trae un alto grado di gravità da un arresto della Corte di cassazione del 18 maggio 1819, che cassa un arresto della Corte di Rouen, il quale aveva annullato una lettera di ordine di 5 500 franchi che una moglie separata di beni aveva sottoscritta, senza autorizzazione in vantaggio di un creditore che le aveva rimesso tale somma, e che altro non pretendeva se non che fare eseguire questa lettera sulle rendite della sposa, la Corte di cassazione decide espressamente che questa obbligazione di 5 500 fr. non eccede il dritto consacrato dall'art. 1449 (1413), e che sarebbe a restringere il potere della moglie separata togliendole il dritto di obbligarsi sul mobiliare.

Per corroborare questa opinione, si può aggiungere, non solo che non è pronunziata nessuna proibizione dall'art. 1449 (1413) del Cod. civ. e che risulta ancora da tale articolo che, sino alla concorrenza del mobiliare, la moglie separata ha la capacità di obbligarsi; ma ancora che se il legislatore avesse voluto mettere la moglie in uno stato d'incapacità a questo riguardo, l'avrebbe detto, come lo ha fatto pel minore emancipato e per l'individuo provveduto di un consulente giudiziario, con gli art. 483 e 499 (406 e 422) del Cod. civ.

1412. Questo non è il tutto, e quelli che difendono tale sistema si prevalgono di un ravvicinamento marcato tra l'art. 1449 (1413) e la consuetudine di Parigi, ravvicinamento che, secondo loro, non potrebbe essere fortuito, e che sembra portare

l'impronta di una volontà riflettuta. Ecco la di loro argomentazione:

La consuetudine di Parigi, dopo di avere proclamato nell'art. 223 l'incapacità della moglie separata non autorizzata, soggiungeva frattanto nell'art. 224, che quando era separata, poteva stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, e nell'art. 234, che lo stato di separazione le conferiva il dritto di obbligarsi, ugualmente senza il consenso del marito. Ciò era fondato sul motivo che il marito non è padrone dei mobili e degli effetti mobiliari della moglie, e che non avendo più il godimento e l'amministrazione dei suoi beni, è senza interesse. Gli autori insegnavano dunque che la moglie separata entrava in una specie di stato di emancipazione; che poteva disporre dei mobili ed obbligarsi sino alla concorrenza dei suoi mobili e delle sue rendite. Solo non poteva vendere, alienare, ipotecare gl'immobili senza l'autorizzazione del marito. Un atto di notorietà del Castelletto verificava tale dottrina con certezza. Vi si teneva per costante che, la separazione accordando alla moglie il godimento e l'amministrazione dei mobili, « è giusto che ella potesse obbligarsi sino alla concorrenza delle sue rendite e del suo mobiliare; in guisa che, nulladimeno l'obbligazione che contrae sola, essendo anche separata, non può mai accordare dritto di sorta sopra gl'immobili; ma il creditore può farsi pagare sopra le rendite, e sopra i mobili, sino alla concorrenza dei quali l'obbligazione è soltanto valida. »

1413. È vero frattanto, che tale fosse il vero stato della giurisprudenza? Ecco la contro-parte: si deve necessariamente conoscerla per decidersi. Vediamo primieramente Ferriéres nel suo commentario sull'art. 234.

« La moglie può obbligarsi con semplici obbligazioni, per *somme mediocri di denari*, i quali si possono soddisfare sopra i suoi mobili o sulle rendite dei suoi immobili. Brodeau, sopra Louet, tiene che tale obbligazione contratta dalla moglie separata, senza l'autorizzazione del marito, non potrebbe eseguirsi sopra i mobili, perchè essendo nulla non produce veruno effetto.

« Ma la opinione comune è che il godimento e l'amministrazione che accorda la separazione alla moglie le danno il potere di formare simili obbligazioni: e quando la quistione si presenta sulla validità o sulla nullità di una obbligazione, appartiene al giudice il decidere avuto riguardo alle circostanze. La causa è giusta e legittima quando è per i bisogni della famiglia.

» Frattanto sembra, da questo art. 234, che la moglie separata si può obbligare senza nessuna distinzione, senza essere autorizzata, poichè questo articolo ne fa un'eccezione senza nessuna restrizione. Sembra molto che lo spirito della nostra consuetudine, in questo articolo, è di accordare alla moglie separata il potere di obbligarsi indeterminatamente ed indistintamente per qualunque causa si fosse. Ma la Curte ha giudicato il contrario, quantunque,

con la separazione, ella sia *soluta lege mariti*, a causa dello interesse del marito, con la speranza che ha di riconciliarsi con lei. *Così non può obbligarsi se non con semplici obbligazioni la di cui causa sia giusta e legittima come per il bisogno della casa.* »

Si vede quanto l'obiezione tratta dall'antico dritto comincia ad indebolirsi.

1414. Adesso ascoltiamo Brodeau. « La moglie separata di beni può, senza l'assenso del marito, disporre dei mobili e della rendite degl'immobili; *può affittare, rilasciare quittanze*, *ed obbligarsi in conseguenza della separazione*; PER I SUOI ALIMENTI E MANTENIMENTO. MA NON PER ALTRO SOGGETTO, *nè per nessuna obbligazione, donazione o contratto che colpisca l'immobile ed importi alienazione perpetua.* »

E cita la legge 29, C., *de iure dotium*, la quale dopo di aver parlato della ragione della dote operata dalla separazione, aggiunge questa condizione.

« Ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, vivente marito, et matrimonio inter eos constituto; sed fructibus earum ad sostentationem tam sui quam mariti, filiorumque, si quos habet abutatur. »

Brodeau soggiunge che molti arresti hanno annullato, intieramente, le obbligazioni che colpivano i mobili e gl'immobili; che in tal caso il creditore non sarebbe ammesso a restringere l'obbligazione sulle rendite ed il mobiliare: perchè il contratto è intieramente nullo pel sono motivo che obbliga gl'immobili; non si può dividere. *La restituzione, la quale è indivisibile*, è accordata alla moglie *ex omni causa*; in guisa che, quando ancora la obbligazione è di somma mobiliari, e che non eccede la rendita, se frattanto ha relazione con gl'immobili a li obbliga con ipoteche, questa obbligazione è nulla del tutto: essendo l'ipoteca una specie di alienazione. Si sa che nell'antica giurisprudenza i contratti autentici importavano *ipso iure* l'ipoteca.

Se dunque una moglie separata ha bisogno di danari a mutuo, si deve fare autorizzare, sia dal marito, sia dal giudice. Tale è la conclusione di Brodeau, e la giurisprudenza degli arresti autorizzava la sua distinzione.

La signora della Roche-Boisseau, separata di beni, vedendo tutto il suo avere sequestrato dai suoi coeredi, aveva fatto modiche costituzioni di rendite per procurarsi di che vivere: non era stata autorizzata. I figli pretesero dopo della sua morte, che tali costituzioni erano nulle per mancanza di autorizzazione; ma dal parlamento di Parigi fu giudicato che tali costituzioni erano valide, attesa la loro modicità e la necessità della sposa, spinta dal bisogno di sostenere la famiglia e di continuare le liti numerose per ottenere la divisione.

Ma in un altro affare, giudicato dal parlamento di Parigi con

arresto del 24 aprile 1586, dove tali circostanze non si presentarono, le rendite furono dichiarate nulle *ex defectu potestatis*.

Così perchè nella specie del primo arresto, la moglie non si era obbligata che pel suo *mantenimento*, come dice Brodeau, la di lei obbligazione fu approvata: si dichiarò nulla nella specie del secondo, perchè era più ampia.

1415. In quanto a Lebrun, ritiene ancora che la moglie separata non può contrarre senza autorizzazione; che la separazione non ha che lo effetto della emancipazione pei minori; che non è autorizzata *ipso iure* se non per la gestione delle sue rendite; che può affittare e contrarre per la riparazioni; che può rilasciare quittanze per le sue rendite, ma che non potrebbe andare al di là; che vanamente il creditore, può salvare l' obbligazione della moglie separata, dichiarerebbe di non volerla eseguire che sopra i mobili e le rendite; perchè essendo nullo il suo titolo, non può avere niuno effetto, *se non è per modiche somme*.

1416. Ecco, se non m' inganno, qual era lo stato delle cose sotto l'impero della consuetudine di Parigi, non, se si vuole, secondo il medesimo testo della consuetudine, ma almeno secondo l' interpetrazione de' migliori autori e la giurisprudenza degli arresti.

Si vede il sistema che vorrebbe trarre risultati diversi dall'art. 1449 (1413) del Cod. civ. non può pigliare il suo punto di appoggio nell' antica giurisprudenza.

1417. Ma vi è di più: Ed è che la Corte di cassazione, ritornando ad idee più favorevoli in sostegno dall'autorità maritale, ha diffinitivamente cambiata la sua giurisprudenza.

Ecco la sua ultima idea.

L'art. 1445 (1409) non ha investito la sposa di una libertà illimitata di disporre delle sue rendite e di alienare il suo immobiliare, se non nelle misure della sua amministrazione. Questa libera amministrazione, che ripiglia con la separazione dei beni, ha bisogno di una certa latitudine di capacità per vendere, alienare, obbligarsi. Fa d'uopo che la moglie possa disfarsi di un mobiliare che deperisce; fa d'uopo che possa vendere i frutti delle sue ricolte; fa d' uopo che possa contrarre obbligazioni per pagare le spese di riparazione degli immobili, e tutte le spese che rientrano in una amministrazione ordinata. Ogni volta dunque che sarà stato sottoscritto un biglietto dalla moglie senza autorizzazione, ma per l' amministrazione dei suoi beni, il biglietto sarà valido, ma sarà nullo se manca di questa causa essenziale. Non sarebbe ragionevole che una moglie potesse obbligarsi per qualunque causa si fosse. L'art. 1449 (1413) non la libera dall'autorizzazione che per gli atti di amministrazione. Non è libera che per amministrare; non lo è per ruinarsi coi figli. In una parola, e per servirmi delle espressioni della Corte di cassazione. « La facoltà accordata alla moglie separata, di disporre del mobiliare e di alienarlo, deve

essere ristretta agli atti che hanno per oggetto l'amministrazione dei suoi beni. »

1418. Tale sistema è semplice, equo, morale; concilia a maraviglia il dritto comune e l'art. 217 (206) del Cod. civ. con la disposizione dell'art. 1449 (1413).

1419. Io temo che non sia stato bene compreso da Rodiére e Pont. Questi due stimabili autori sembrano credere che il dritto di alienare i mobili sia indeterminato, e che se la giurisprudenza della Corte di cassazione proscrive e obbligazioni sottoscritte dalla moglie separata di beni e non autorizzata, che tendono alla fine alla alienazione di questo mobiliare, è perchè tali obbligazioni sono un mezzo pericoloso ed indiretto di usare della facoltà accordata dal l'art. 1449 (1413); che come la facoltà di alienare il bene dotale non trae con se la facoltà d'ipotecarlo, perchè questa facoltà è più pericolosa dell'alienazione, dell'istesso modo la facoltà di alienare il mobiliare non trae il dritto di comprometterne la conservazione, con obbligazioni, fideiussioni, promesse, mutui, molto più pericolosi dell'alienazione e di maggior tentazione per la fragilità della moglie. — Ma nulla di tuttociò si trova negli arresti della Corte di cassazione. Le allegazioni dagli avvocati hanno potuto stabilire questa bizzarra tesi; la Corte di Montpellier ha potuto lasciarvisi condurre in un arresto emesso dopo rinvio dalla Corte di cassazione; ma la Corte di cassazione non ne ha formato il suo punto di appoggio. Io ho citato le sue decisive parole. Ecco la sua idea in tutta la nitidezza: la moglie non può alienare il mobiliare che per causa dell'amministrazione dei suoi beni; per questa misura, può obbligarsi come può alienare; nessuna differenza tra l'alienazione e l'obbligazione. Ma non ha la libertà di alienare il mobiliare al di là delle cause che si rannodano alla sua amministrazione; in conseguenza, le obbligazioni che hanno una causa estranea all'amministrazione devono subire la medesima sorte. Questa dottrina è il contrappeso di Rodiére e Pont. Si rannoda del resto coll'antico dritto, e coll'art. 234 della consuetudine di Parigi, come era interpetrato dai più gravi autori, come si viene di osservare.

1420. Ora che ci siamo bene stabiliti sullo spirito e la estensione dell'art. 1449 (1413), ci sarà facile di farne l'applicazione alle diverse specie che si presenteranno. Riepiloghiamo alcuni casi degni di osservazione.

Una moglie cede le sue pigioni scadute, e promette al cessionario di garentirgliene il pagamento; tale garentia è tanto più grave in quanto la moglie ha già cesso queste medesime pigioni ad un altro individuo. Tale atto non è un atto di amministrazione: è un atto di disposizione: la moglie doveva essere autorizzata; per mancanza di autorizzazione tale cessione è nulla.

Una moglie separata sottoscrive cambiali senza autorizzazione: siffatte cambiali sono senza effetto.

Toglie denari a mutuo senza autorizzazione per causa che non rientrano nell'amministrazione dei beni: tali mutui sono nulli, e ciò, ancorchè non eccedano le forze del mobiliare.

Dona ad anticresi: tale obbligazione è nulla.

1421. Ma può fare senza autorizzazione la divisione di una successione mobiliare? Lo credo. La divisione dichiara i dritti della moglie; stabilisce la sua parte in una cosa comune. Sotto il punto di vista dell'art. 1449 (1413), si porrebbe difficilmente nella classe degli atti di alienazione proibiti alla moglie.

1422. Si domanda se può impiegare senza autorizzazione i capitali a rendita vitalizia. La Corte di Parigi ha deciso che questo era un atto di amministrazione non interdetto alla moglie. Frattanto la rendita vitalizia contiene un' alienazione del capitale; la moglie ha alienato il capitale per comprare una rendita. Ma precisamente perchè riceve una rendita, e che questa rendita può procurarle il benessere o l'agiatezza, non si può dire che aliena, che si spoglia, che perde. Rimpiazza un valore con un altro, impiega il suo denaro, amministra le sue facoltà: è giusto di lasciarle una certa latitudine.

1423. Nello stesso modo, la moglie può ricevere i suoi capitali ed i suoi valori mobiliari e rilasciarne quitanza. Agendo così, amministra; non esce dal cerchio che le è delineato dall' art. 1449 (1413).

Che importa per altro ricevere i valori che le appartengono, se non eseguire la sentenza di separazione? Si può dunque dire che la sentenza di separazione fa le veci sotto questo rapporto, dell'autorizzazione del marito; la sentenza l'abilita formalmente e specialmente.

Così, se è venduto un immobile appartenente al marito, essa può presentarsi alla graduatoria, ed i creditori non possono rimproverarle la mancanza di autorizzazione.

1424. Ma, ricevendo i capitali, la moglie separata è tenuta d'impiegarli, ed i debitori che si liberano tra le sue mani hanno ad esigere qualche cosa da lei a questo riguardo?

La quistione è battuta sotto certi rapporti.

Per quel che concerne il regime della comunione, non presenta difficoltà. Si conviene che la moglie è padrona dei suoi capitali, che ha dritto di riceverli per amministrarli liberamente.

Ma le difficoltà sorgono riguardo alla moglie maritata sotto il regime dotale. Il regime dotale è un regime di diffidenza; vi è paura di tuttociò che si ravvicina con la libertà. Si è dunque sostenuto, si è dunque giudicato che dal principio della inalienabilità della dote, deriva, come conseguenza, che la moglie separata non può ricevere la dote che mediante impiego, o sotto cauzione. *Fragilis et lubrica res est; pecunia quae facile perire potest.* Non si deve lasciare una cosa cotanto sdrucciolevole nelle mani della moglie che è cotanto debole; è necessario di prendere

delle precauzioni per assicurare il principio tutelare della inalienabilità della dote.

Non solo tale opinione ha trovato partigiani sotto del Cod. civ. ne conta numerosi ed imponenti tra gli interpetri del dritto scritto, fra gli altri il presidente Fabro, Giuliano, Fontanella, Catelano, Gravero, Salviat ed altri, che si potrebbero chiamare almeno sopra tale quistione, ultradotali. Tessier l'ha riprodotta con molta forza nel suo eccellente *Trattato della dote*, e le ha dato tutti i sostegni desiderabili sotto il rapporto dei precedenti, della dottrina o del ragionamento. Chi risponderà che la moglie guarderà accuratamente la dote che ha ricevuta? Chi dice che non l'abbandonerà ai creditori? Chi non temerà che non la facci passare nelle mani del marito, in conseguenza dell'impero che una moglie lascia tanto facilmente assumere sopra di sè? Quantunque l'impiego o la cauzione non siano alla lettera nel Cod. civ. queste misure non sono meno nel suo spirito. Il principio della inalienabilità della dote è così energico sotto del Cod. civ. come nell'antica giurisprudenza. Chi vuole il fine deve volere i mezzi. Non si deve obliare per altro che la dote è di pubblico interesse. Infine, Benech, abbracciando con effetto questo partito per il regime dotale, ha trovato il mezzo di spargere nella discussione importanti ed ingegnosi quadri.

1425. Malgrado queste ragioni, malgrado l'imponente corteggio di molti arresti che vi si sono associati, non esito a decidere che la moglie dotale la quale, dopo la separazione dei beni riceve il rimborso dalla mano dei creditori, non è tenuta sotto la responsabilità de'creditori d'impiegare i capitali. I creditori rimborsanti non devono sorvegliare l'impiego; eglino usano del dritto che loro conferisce l'art. 1234 (1187), dritto che nulla qui viene a modificare. Tale è oggi la giurisprudenza costante della Corte di cassazione, la quale frattanto non potrebbe passare come se avesse voluto abbandonare la causa delle mogli dotali. La Corte di Aix, fondandosi sulla inalienabilità della dote mobiliare, aveva creduto di poter considerare come nullo un pagamento fatto ad una moglie separata, senza che il debitore ne avesse ricercato il reimpiego; ma siffatto arresto è stato cassato da un arresto della Corte di cassazione del 25 gennaro 1826. Tale soluzione è tanto più evidente, in quanto che secondo l'art. 1553 (1366) del Cod. civ. le summe dotali impiegate in immobili non fanno gl'immobili dotali, allorchè il contratto di matrimonio non ha prescritto la surrogazione. Non è in potere della moglie il costituire immobili dotali durante il matrimonio, se il contratto di matrimonio non ve l'autorizza. Or qual sarebbe la solidità di questo impiego che qui s'imporrebbe, poichè, non essendo dotale l'immobile comprato, la moglie potrebbe in seguito rivenderlo e ridurlo in denaro.

In conseguenza, i debitori della dote non avrebbero nessun drit-

to ad esigere dalla moglie separata, che reclama da loro il pagamento della dote, che ne facci l' impiego o che ne dia cauzione.

Ecco adesso sopra quali argomenti decisivi riposa tale giurisprudenza.

E primieramente, se la dote fosse nelle mani del marito, quest'ultimo non sarebbe obbligato di pagarla in forza della sentenza di separazione? Potrebbe ritardare questo pagamento, sotto pretesto che la moglie dovrebbe impiegare la dote, o dare cauzione? Non potrebbe terminare di dissipare la dote, aspettando che la moglie si procurasse tali garentie? Ed allora, non sarebbe assurdo di esigerle? Ebbene! se sono inutili quando la moglie riceve la dote dalle mani del marito, perchè se ne farebbe una legge rapporto ai terzi debitori della dote? La capacità di ricevere è la stessa, sia che la moglie riceva dalle mani del marito, sia che riceva dalla mano dei terzi.

Da un altro lato, non vi è nessun testo, nè nel Cod. civ. nè nel dritto romano, che obblighi la moglie a fare l' impiego. Tutti sono di accordo a questo riguardo, Tessier, Benech, Catelano, la legge 29, al C., *de iure dotium*, la quale autorizzava la ripetizione della dote, *marito vergente ad inopiam*, non prescrivea nè impiego, nè cauzione. Ma, perchè manteneva il principio della inalienabilità della dote, e che voleva che la moglie ne impiegasse soltanto i frutti pel mantenimento della famiglia, questi autori, rannodandosi col *suo spirito*, hanno creduto necessario, sulla fede di una induzione più o meno logica, d'imporre ai terzi rigorose condizioni, e di annullare i pagamenti fatti senza l'adempimento di queste condizioni. Ecco le tendenze dello spirito ultra dotale! Non s'impaccia mai de' terzi; il credito gl' importa poco; condanna tutto a perire, purchè la dote fosse conservata.— Alla buona ora, quando la legge ha dichiarato le sue rigorose volontà, e che il debitore imprudente ha pagato senza conformarvisi. Ma quando la legge tace, quando lascia il creditore sotto l' impero del dritto comune, quando non limita in nulla il suo dritto di liberarsi, appartiene a chicchessia, sotto pretesto di non so quale *spirito* occulto, di venire ad annullare i pagamenti fatti in buona fede? Voi dite che la dote è inalienabile; chi niega dunque questa verità? Ma l'inalienabilità ha per conseguenza inevitabile l'impiego dei denari dotali? Per esempio un marito a cui il contratto di matrimonio non impone l' obbligazione di fare l'impiego è tenuto di operare questo impiego pel solo motivo che la dote è inalienabile? Vi è legame necessario tra l'impiego e l'inalienabilità? La dote è inalienabile, si accorda; ma poscia quando il debitore che usa del suo dritto liberandosi, è tenuto di vegliare all' inalienabilità, allorchè il contratto di matrimonio e la legge non prescrivono nulla? Io, debitore, vi pago ciò che vi devo: *functus sum officio*. Custodite il vostro danaro, fatene un buono impiego,

non lo dissipate stoltamente; lo desidero a vi c'impegno; ma non sono il vostro tutore. Ho pagato; il resto non mi riguarda, sarebbe troppo incomodo di venire a fare ricadere su di me le conseguenze della vostra mala condotta.

1426. Sarebbe lo stesso, allorchè le somme da riceversi dalla moglie separata fossero il prezzo di alienazioni fatte dal marito prima della separazione, in virtù del contratto di matrimonio che permette al marito di alienare e di ricevere il prezzo mediante ipoteca. Questa sicurezza ricercata dal marito in favore della moglie non ha più base quando è la moglie che riceve in conseguenza della separazione, come potrebbe dare ipoteca a se stessa?

1427. Ma se il contratto di matrimonio non autorizza la vendita che col peso del reimpiego, la moglie separata non può ricevere il prezzo se non quando ha effettuita tale condizione, e l'acquirente deve sorvegliare il reimpiego; egli è risponsabile della mancanza di esecuzione del contratto di matrimonio sotto questo rapporto. Qui tutto cambia di aspetto: il contratto di matrimonio ha formato la legge; è una regola per tutti, ed i terzi devono conformarvisi. La vendita del fondo dotale non è stata autorizzata se non col peso di tale reimpiego, senza di cui l'inalienabilità deve riprendere il suo impero.

1428. Non è soltanto il reimpiego stipulato nel contratto di matrimonio che obbliga la moglie separata; essa è ugualmente tenuta dell'impiego imposto per condizione al marito da questo istesso contratto. La ragione n'è che la moglie succede all'amministrazione del marito, e che la prende con tutte le condizioni che vi sono necessariamente annesse. I poteri del marito erano limitati: i suoi lo sono pure per contraccolpo, perchè sono gli stessi poteri con un semplice cambio di persone. È pure qualche volta più utile di esigere l'impiego dalla moglie anzichè esigerlo dal marito. Il marito può avere immobili; la moglie ha sopra di essi un'ipoteca legale che le serve di garentia nella mancanza d'impiego. Ma quando è la moglie che riceve i denari dotali, se non ne fa lo impiego stipulato nel contratto di matrimonio, è da temersi che non si lasci spingere alla dissipazione per debolezza.

Si potrebbe frattanto obiettare: l'impiego è una misura di precauzione presa per restringere i dritti del marito di cui non si è voluto seguire la fede; è una garentia accordata alla moglie contra del marito. Gli autori dotali si accordano, in generale, a dargli un carattere di diffidenza; vi scorgono una sicurezza contra del marito che non ha beni fondi, e di cui si può temere che non dissipa la dote pecuniaria della moglie. Ma quando è il marito che riceve il danaro, quando questo danaro è rimesso nelle mani della moglie, la condizione d'impiego perde la sua ragione di essere. Una moglie non può prendere misure di precauzione contro se stessa, come non può dare a se stessa un'ipoteca o una cauzione.

Ma la risposta è che la restituzione della dote fatta alla moglie, durante il matrimonio, a causa della prossima decozione del marito, non è che un sequestro della dote, per impedirne la dissipazione. Tal' è l' opinione unanime degli autori che hanno scritto sulla dote. Questa misura, impropriamente chiamata separazione di beni (perchè queste parole: *separazione di beni*, non sono vere sono non quando si applicano al regime della comunione), lascia sussistere le cose nello stato in cui il contratto di matrimonio ha posto la dote. Nulla vi potrebbe essere cambiato! La moglie non è un creditore che riceve il pagamento della sua cosa per disporne *ad nutum*. Quantunque ne sia pagata la sua cosa, questa cosa non le è rimessa se non in qualità di amministratrice, tenendo il luogo e le veci del marito, e facendo le sue funzioni. Non lo dimentichiamo: il marito è sempre quivi, potendo esercitare la sua influenza sullo spirito della moglie. Non si devono dunque perdere di mira le precauzioni che la prudenza del contratto di matrimonio ha introdotto scientemente per preservare la moglie dal pericolo.

1429. Segue da ciò che i debitori pagano imprudentemente quando pagano senza esigere dalla moglie dotale la prova dell' impiego. Rannodandosi tale condizione col sistema dell' inalienabilità della dote, milita contro i terzi, come la condizione del reimpiego.

1430. Facciamo frattanto attenzione ad un punto; ed è che quando la condizione d' impiego non è prescritta dal contratto di matrimonio, e ch' è semplicemente imposta da un testatore o da un donante come peso della sua liberalità, non può essere opposta ai terzi, nè può essere opposta da loro.

Quest' è quanto ha giudicato la Corte di appello di Grenoble con arresto degli 8 aprile 1835, per la ragione che la separazione accorda alla moglie il dritto di ricevere, e che l' obbligazione del reimpiego non è imposta che al marito. I terzi non sono colpiti da una misura che non è stata prescritta se non pe' coniugi, e che il contratto di matrimonio non ha imposto.

1431. Venghiamo di vedere in che consiste il dritto della moglie separata sulle sue facoltà mobiliari; abbiamo veduto che questo dritto si racchiude negli atti di amministrazione della cosa, e che la moglie non ha se non la disposizione delle sue rendite.

In quanto agl' immobili, è ancora più chiaro che non può alienarli senza l' autorizzazione del marito o del giudice. Lasciando sussistere la separazione il legame coniugale e l' autorità maritale, sarebbe spezzare questo legame e quest' autorità il permettere alla moglie di disporre liberamente de' suoi immobili. Così non vi è nessun dubbio sopra questo punto. La separazione fa passare alla moglie il potere di amministrare, ma non quello di alienare.

1432. Si deve ricordare adesso una obbligazione imposta alla moglie dall' art. 1448 (1412), e ch' è la condizione essenziale

della libertà che ricupera sotto il rapporto dell' amministrazione de' beni: ch' è quello di contribuire ai pesi della famiglia proporzionalmente alle sue facoltà ed alle facoltà del marito; poichè il matrimonio sussiste, ognuno deve soffrirne i pesi a misura delle forze della sua fortuna. Se non resta più nulla al marito, la moglie deve sostenere interamente le spese del governo domestico e del mantenimento dei figli.

1433. Se sorgono difficoltà tra' coniugi, i tribunali vi provvederanno; prenderanno per base i mezzi rispettivi dei coniugi e la regola dell' art. **1448** (1412).

1434. Questa regola è differente, come si vedrà da quella contenuta nell' art. **1537** (T.), relativo alle separazioni contrattuali. Se, difatti, i coniugi sono separati di beni per contratto di matrimonio, e che il contratto taccia sulla parte contributiva della moglie, l'art. 1537 (T.) fissa questa parte al terzo delle sue rendite. N' è altrimenti quando la separazione è giudiziale. Quantunque la sentenza di separazione non abbia fissato la quota della moglie per le spese del governo domestico, non si deve frattanto applicare l' art. **1537** (T.) Tutto è impreveduto nella separazione forzata; tutto dipende dalle circostanze. Se il marito non ha nulla, e che la moglie abbia molto, ove sarebbe la giustizia dell' articolo **1537** (T.)? Si concepisce a maraviglia questo articolo, quando i coniugi si maritano sotto la clausola della separazione dei beni. La loro situazione è conosciuta da una parte all' altra. Quando non hanno regolato la loro parte contributiva con un accordo speciale, si presume che abbiano preso per base la proporzione fissata dall' art. **1537** (T.). Ma come sarebbe possibile di agire così quando la separazione de' beni è portata da combinazioni impreviste; le quali disordinano tutta l' economia del contratto di matrimonio?

1435. Poichè la separazione dei beni lascia sussistere la vita comune e l' autorità maritale, ne siegue che per tesi ordinaria, la moglie deve pagare al marito la pensione con la quale contribuisce ai pesi del matrimonio. Questo è quello che ha incontrastabilmente luogo quando la separazione è contrattuale; e la ragione che ne danno gli autori, è che il marito è sempre il capo, e la separazione dei beni non deve abbassare il suo carattere e la sua autorità.

Non vorrei frattanto che questa idea fosse abbracciata in un modo troppo assoluto. Quando le cause di separazione sono tali, che vi ha luogo da temere la cattiva economia del marito, non sarebbe prudente lo abbandonare nelle sue mani dissipatrici una gestione di cui abuserà. L' interesse della moglie e l' interesse dei figli esigono allora, secondo le circostanze, che la moglie fosse dispensatrice della sua parte contributiva. Ciò è ancora nell'interesse del marito, ed i tribunali devono prestarsi a questo temperamento se non vogliono che la separazione mancasse di tutti i

suoi effetti. Così, nulla impedirà che la moglie fosse autorizzata a pagare i somministratori ed i maestri di pensione se si teme che il marito dissipasse i fondi destinati a passare col suo mezzo.

1436. Aggiungiamo ancora un'altra distinzione.

L'art. 1448 (1412) suppone che vi sia economia comune, ed è in questa ipotesi dell'economia comune che la quistione del numero precedente presenta alcune difficoltà. Ma se il marito ha abbandonato la sposa, se non ha da offerirle con una abitazione indegna del suo rango e delle sue abitudini, ed io cui le convenienze la impediscono di seguirlo, allora l'obbligazione di contribuire al governo domestico si trasforma in una obbligazione di pagare al marito una pensione alimentaria proporzionata ai bisogni di lui. Saldata tale pensione, la moglie si è sdebitata con lui, ella sola paga direttamente l'educazione dei figli, a tutte le sue spese personali.

1437. Supponghiamo adesso che la condotta del marito non esiga tali presunzioni eccezionali, si domanda, se il marito debitore degl'interessi della dote, può compensarli con la parte contributiva della moglie per le spese del governo domestico?

Se questa parte è liquida, non vi potrebbe essere difficoltà per la compensazione. Ma quando non è liquida, quando non è stata regolata, la soluzione diviene più delicata. La Corte di Bordeaux si è pronunziata contro della compensazione con arresto del 1° febbraro 1845. La Corte di Riom, al contrario, ha adottato la compensazione, per la ragione che gl'interessi non possono essere aggiudicati alla moglie se non col peso di contribuire alla spese della famiglia, che questo è un peso inerente alla dote, che così vi deve essere almeno compensazione.

Tuttocciò, senza dubbio, è eccellente, quando si sa a che attenersene sulla quota parte della moglie nelle spese del governo domestico. Ma quando nulla è ancora riconosciuto nè risoluto, la compensazione è impossibile, e la Corte di Bordeaux ci sembra avere preso il più legale partito.

1438. Osserviamo del resto che la legge non assoggetta la moglie separata a fornire una garentia per la sicurezza del servizio della sua parte contributiva. Sarebbe una misura ingiuriosa ed arbitraria il costringervela, soprattutto quando non ha dato nessun soggetto di timore.

Del resto, quando è maritata sotto il regime dotale, le regole particolari a questo regime, e che richiameremo più sotto, sono sufficienti per assicurare che le rendite della dote non saranno distratte dal loro destino.

1439. Dai principî che vengono di essere stabiliti sulla contribuzione della moglie alle spese del governo domestico, si devono trarre delle conseguenze a fronte dei terzi.

In generale, contro del marito, capo del governo domestico, i provveditori hanno azione diretta per farsi pagare di ciò che è

loro dovuto. La moglie rimetta al marito la sua parte contributiva; il marito ne fa l'impiego: egli solo è debitore.

1440. Ma, lo abbiamo veduto or ora, è possibile che la moglie rimanga dispensiera della sua parte contributiva, e ciò accade soprattutto, quando è la moglie che provveda a tutte le spese dell'economia, essendo il marito sprovvisto di risorse.

In questo caso, i provveditori devono indirizzarsi a lei, perchè costoro hanno seguito la sua fede e non quella del marito; le loro somministrazioni si sono volte in suo profitto, poichè hanno spesato una casa che era a sue spese.

Perchè i terzi abbiano questa azione diretta contro della moglie, non è necessario che una sentenza le avesse accordato la disposizione della sua parte contributiva. Basta che la di lei padronanza fosse di notorietà pubblica, e che fosse a lei, ed in vista della sua solvibilità, che il credito sia stato fatto.

La signora di Montholon era separata di beni col marito in conseguenza del disordine agli affari di quest'ultimo. Angot, beccajo, che aveva durante un certo tempo fornito la carne necessaria al consumo della casa dei coniugi, ne reclamò la somma alla signora di Montholon. Provò delle difficoltà. Gli si obbiettò che doveva dirigere la sua azione contro del marito, che il signor di Montholon, vivendo con la moglie era capo del governo domestico; che i provveditori non dovevano riconoscere che il signor di Montholon, ed in nessun modo la moglie che non aveva trattato con loro. Ma ciò che i provveditori conoscevano di più certo si è che de Montholon non aveva altro appoggio all'infuori dei beni della moglie, e che era personalmente senza solvibilità: Così la Corte di Parigi con arresto del 21 aprile 1830, condannò la signora de Montholon a pagare la totalità delle somministrazioni.

1441. Si vede che ripigliando l'amministrazione dei beni, la moglie deve adempire ad un peso importante: ed è di contribuire a tenore delle sue facoltà al mantenimento della famiglia.

Qui dobbiamo parlare di un'altra restrizione arrecata alla sua libertà e risultante dal regime dotale.

Quando la moglie maritata sotto la regola della comunione ha l'autorizzazione del marito, può disporre del suo mobiliare, ed in conseguenza delle sue rendite, con la più grande latitudine; col rischio ancora di lasciar mancare la famiglia; i terzi verso dei quali si è obbligata sulle rendite, con questa stessa autorizzazione, sono al coperto di tutte le ricerche, non solo quando si tratta di atti di amministrazione, ma ancora quando sono atti di disposizione.

Ma quando la moglie è maritata sotto la regola dotale, la faccenda va altrimenti. L'inalienabilità della dote essendo estesa in modo da colpire il fondo dotale e le rendite, ne segue che l'amministrazione che riprende la moglie non le lascia il dritto di disporre a suo piacimento, anche con l'autorizzazione del marito,

della porzione delle sue rendite necessaria per sovvenire ai bisogni della famiglia. Essa riceve le rendite gravate dalla obbligazione stretta ed essenziale d'impiegarla, sino alla debita concorrenza, pei bisogni della famiglia. Le obbligazioni che contrarrebbe sulle sue rendite per gli affari propri del marito, e per gli affari che non sarebbero della famiglia, dovrebbero rimanere senza effetto, quando anche il marito le avesse autorizzate; perchè la moglie separata non ha maggior dritto sul bene dotale di quello che avesse il marito prima della separazione. Or vedremo nel nostro commentario all'art. 1554 (1367) che il marito, quantunque paragonato all'usufruttuario non può distrarre i frutti della dote da questo sacro destino; la moglie deve parimente rispettarlo secondo la giurisprudenza: quando le rendite eccedono i bisogni della casa la moglie può obbligare questo eccedente come lo giudica a proposito.

1442. Quando vi è contrasto sulla cifra disponibile, appartiene a' tribunali di regolarla, prendendo per base la distinzione che precede. Se ne risulta qualche pregiudizio pei creditori, non possono dolersene che con sè stessi. Eglino sono colpevoli di avere ignorato la condizione di quella con cui contraevano. In quanto ai giudici, è loro dovere di calcolare la situazione con equità, e di tener conto di ciò che ha fatto la moglie nei limiti di una savia amministrazione nell'interesse della famiglia.

1443. Venghiamo di vedere gli effetti della separazione dei beni, i dritti che la moglie riprende, e le obbligazioni che li seguono. Non è frattanto ancora tutto esaurito, e noi andiamo ad occuparci, nell'art. 1450 (1414), di ciò che concerne le alienazioni degl'immobili fatte durante la separazione, sia con l'autorizzazione del marito, sia con l'autorizzazione del giudice.

ARTICOLO 1450 (1414).

Il marito non è tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento del prezzo dell'immobile che la moglie separata ha alienato con giudiziale autorizzazione, se non quando sia egli concorso nel contratto, ovvero risulti che il denaro sia stato ricevuto da lui, o convertito in suo vantaggio.

È tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento, quando la vendita sia stata fatta in sua presenza e col suo consenso; ma è tenuto a garentire l'utilità dell'impiego.

COMMENTARIO

1444. Abbiamo esposto, nel nostro commentario all'art. 1443 (1407), la teoria nel reimpiego dei beni personali alienati costante la comunione. Abbiamo veduto che il prezzo degl'immobili pro-

pri della moglie non deve perdersi nella comunione e che è colpito da un destino virtuale per essere ripreso o rinvestito. Questo prezzo è un valore che deve sempre ritrovarsi, e per ritrovarlo, la moglie ha pure azione sopra i beni propri del marito, il quale avendo ricevuto il denaro ne è responsabile. Questa giurisprudenza è stata stabilita per la conservazione dei propri, che sono l'ultima speranza della famiglia. È fondata sull'equità e sopra di un interesse conservatore di primo ordine.

La separazione dei beni, stabilita per salvare dal naufragio i beni della sposa, rientra in un ordine analogo di idee. La dote è in pericolo: si deve accorrere in suo soccorso. Si deve impedire che l'avere della moglie perisca nel golfo scavato dalla mala amministrazione del marito. Le si deve conservare tuttocciò che essa ha, onde non lasciare la famiglia in un triste spogliamento.

Ma quando la separazione è pronunziata ed eseguita; quando la comunione è finita, non si può temere che la vendita dei beni della sposa diminuisca i suoi valori personali. Il prezzo non passerà nella comunione a titolo di cosa mobiliare: perchè la comunione è sciolta. Non vi sono dall'una parte e dall'altra che beni personali, e l'essere morale chiamato comunione non sta più presente per interporsi ed assorbire col suo potere sopra i mobili il prezzo che ha preso il posto dell'immobile proprio.

Come avviene dunque che il nostro articolo decide che il marito è responsabile per la mancanza di rinvestimento, quando la vendita del bene proprio della moglie separata è stata fatta in sua presenza e col suo consenso? Il rinvestimento essendo una invenzione del dritto consuetudinario, per salvare dalla comunione il prezzo di un bene personale, sembra che nulla vi sia da fare quando la comunione è sciolta.

Tale quistione non è nuova, ed il Cod. civ. non l'ha sciolta nel senso dell'art. 1450 (1414) che secondo i migliori e più studiati precedenti dell'antica giurisprudenza. Sono sorpreso che un dotto e giudizioso giureconsulto straniero, Odier, non ne abbia meglio comprese le ragioni decisive. Se avesse voluto riflettervi con maggiore maturità, non sarebbe sorpreso della disposizione del nostro articolo.

1445. Difatti, qual pericolo non vi sarebbe nel lasciare la moglie sprovveduta delle guarentigie contro l'influenza che il marito può esercitare su di lei! La separazione dei beni non spezza nè il legame, nè l'affetto, nè l'autorità maritale, nè l'abitudine di sommissione. La moglie ha avuto un momento di fermezza per domandare la separazione; ma dopo di avere resistito al marito in questa pruova, chi potrà credere che non gli lascerà riprendere a poco a poco un impero più disgustoso ancora nello stato di separazione che nello stato di comunione? Dico più disgustoso, perchè il marito ha mostrato la sua insufficienza per bene amministrare. La moglie, rapporto a questo sposo a cui resta sempre at-

taccata con la legge e col cuore, è nella posizione di colui di cui parla Labeone « *Is cuius magna verecundia, ei quem in praesentia pudor ad resistendum impedit.* »

In verità, non si ha qui da temere il vantaggio che il marito ritrae dalla confusione del prezzo nella comunione; non vi è comunione, i coniugi sono separati. Ma vi è un altro oggetto di timore: ordinariamente le alienazioni dei beni della moglie, anche separata, profittano al marito, il quale, direttamente o indirettamente ne riceve il prezzo. Deve dunque vegliare al rinvestimento, ed è giusto di obbligarvelo. Se non veglia al reimpiego, si presume che abbia profittato del prezzo; ne è responsabile. Il marito, come colui che ha la preeminenza sopra della moglie è presunto avere ricevuto le somme, quand'anche la firma della moglie fosse unita alla sua nella quittanza. Se non è in virtù della comunione che il marito è responsabile, lo è in virtù dell'autorità maritale, è in virtù della qualità di marito e del dritto di autorizzazione del quale è investito, e che fa temere che non dia questa autorizzazione che a condizione di profittarne.

Si vede dunque che il reimpiego non è connesso con la comunione in guisa che non possa aver luogo se non nel regime della comunione. Ha ancora le sue ragioni nel regime della separazione. Si sa, del resto, che era una delle combinazioni del regime matrimoniale normanno, quantunque le consuetudini di Normandia non coonsecessero la comunione.

1446. Ma tuttocciò non è vero che ad una condizione; cioè che la vendita sia stata fatta *in presenza del marito e col suo consenso*; perchè questo concorso del marito prestato all'alienazione fa supporre che non l'ha accordato alla moglie se non sotto la condizione che il prezzo passerebbe nelle sue mani. Vi è la presunzione che abbia ricevuto il prezzo, e quindi ne è responsabile con l'azione del reimpiego.

1447. Qui, gli spiriti formalisti osserveranno che il nostro articolo sembra esigere la doppia condizione della presenza del marito all'atto e del suo consenso, in guisa che, se il marito dà il suo consenso senza essere presente, non pesa su di lui veruna responsabilità. Ma noi ci asterremo bene dal dividere cotali scrupoli. Il consenso del marito, ecco ciò che è decisivo; poco importa che questo consenso fosse dato dal marito presente o dal marito assente.

Diremo ancora che l'auturizzazione data dal marito alla moglie basta per obbligare la sua responsabilità verso di lei. Il marito non presta la sua autorizzazione se non sulla speranza di profittare del prezzo. Questa autorizzazione equivale, rapporto alla moglie, a presenza e consenso, implica anche presenza e consenso, perchè l'autorizzazione si dà al momento dell'atto.

Questo è quanto è stato deciso con arresto della camera dei ricorsi del 1 maggio 1848, sulle conclusioni del signor Glandaz,

che rigetta un ricorso formato contro di un arresto della Corte di appello di Parigi. È principio, difatti, che ogni volta che il marito ha interesse a dare l'autorizzazione, la sua autorizzazione vale come consenso, e non solamente come semplice atto di abilitazione.

1448. Ma rapporto al compratore dell'immobile proprio della moglie, il marito che ha dato l'autorizzazione è garente della vendita, ovvero abbisogna qualche cosa di più dell'autorizzazione?

Abbiamo esposto le idee con le quali si scioglie tale quistione nel nostro commentario all'art. 1432 (1403). L'autorizzazione è insufficiente verso del compratore, perchè il marito non gli ha obbligata la sua fede, è che non ha figurato che *sicut auctor*. È vero che rapporto alla moglie è più di un *auctor*; è vero che si suppone tra il marito e la moglie un patto segreto perchè il marito riceva il denaro. Ma questo patto non concerne i terzi, è per essi *res inter alios acta*. Il favore della moglie ha fatto introdurre presunzioni, le quali quantunque legittime a suo riguardo, sarebbero forzate se si estendessero ai terzi. E difatti, per circonscriverci nel nostro caso particolare, è evidente che l'obbligazione del rinvestimento, risultante pel marito da questo patto presunto, fa che la vendita non presenta nessun vantaggio reale per lui, e che non ha interesse per quel che concerne i terzi, a prendere la vendita sul suo conto.

1449. Quando la moglie, invece di vendere dona un immobile, e che il marito concorre a queste liberalità con la sua autorizzazione e col suo consenso, e non è garante di nessun impiego o rinvestimento. La ragione ne è semplice: non vi è prezzo da ricevere, nè in conseguenza rinvestimento di fare. Questo è quanto ha giudicato la Corte di cassazione con arresto del 29 aprile 1827. È una regola antichissima in giurisprudenza che « *quel che è stato donato non è soggetto a rinvestimento* ».

1450. Vegghiamo di parlare del reimpiego.

L'impiego è altra cosa.

Il reimpiego suppone un rimpiazzo. L'impiego non lo suppone necessariamente. Il prezzo può essere impiegato a pagare i crediti iscritti, ovvero a comprare rendite ed azioni, ad essere posto sopra ipoteca. La parola *impiego* è un termine esteso che ha relazione con ogni collocamento di capitali che presentano un destino utile, fruttuoso e sicuro.

1451. Per far cessare la presunzione stabilita dal nostro articolo, il marito non ha che un mezzo, ed è di giustificare l'impiego o il reimpiego. Non ammetto dunque l'opinione di Benech, il quale opina che il marito è sempre ammesso a provare che non ha ricevuto i danari della vendita, e che non ne ha profittato. Il nostro articolo non autorizza cotali mezzi di difesa. Il marito non ha ignorato la vendita, la ricezione dei denari non è stata un mistero per lui. Quindi, non può sfuggire a questo

dilemma: o ha ricevuto i fondi e ne deve dar conto, o non li ha ricevuti, e doveva obbligare la moglie a fare l'impiego o il rinvestimento; egli è colpevole di essere stato negligente.

1452. Da ciò ne siegue che il marito ha dritto per opporsi perchè la moglie non riceva i fondi senza farne impiego. Può ritenerli arrestati presso del notaro.

1453. Quando è stato fatto un impiego o un reimpiego, il marito non è garante dell'utilità. La moglie ha l'amministrazione dei suoi beni; deve vegliare alla solvibilità dei debitori ed alla solidità dell'immobile comprato. Il marito non può essere accusato di avere profittato del prezzo, poichè non è stato fatto l'impiego; non è dunque responsabile di ciò che accade. La Corte di appello di Parigi aveva domandato, nelle sue osservazioni sul progetto del Codice, che ne fosse altrimenti; ma con ragione non si diede ascolto alle sue osservazioni: si avrebbe dovuto sopprimere l'art. 1449 (1413).

Quando il marito ha percepito i danari, ne ha fatto egli stesso l'impiego, allora è responsabile sin che la moglie non l'ha ratificato. Ma dall'istante che la moglie si è reso proprio l'impiego con la sua adesione e col suo consenso, il marito è liberato da ogni ulteriore responsabilità.

1454. Come l'alienazione dei beni personali della moglie fa pesare sul marito una grave responsabilità, ve ne sono molti che se ne liberano ricusando alla moglie ogni autorizzazione. La moglie allora è obbligata di ricorrere al giudice per farsi autorizzare, ed il marito non essendo per nulla nella operazione, non ha nessuna responsabilità. Questo è quello, che nella sua prima parte riconosce il nostro articolo. Abbiamo già visto una situazione analoga all'art. 1413 (T.).

Se frattanto il marito, dopo di aver ricusata l'autorizzazione, concorre nel contratto, allora la presunzione dell'art. 1450 (1414) riprende il suo impero. Si supponga che il marito non si sia astenuto di autorizzare la moglie se non per formarsene il *fine*, come diceva Loyseau; perchè se fosse stata franco nel suo rifiuto, non sarebbe venuto ad associarsi ad una vendita, che non avea voluto autorizzare.

1455. E come questi rifiuti di autorizzazione non sono sovente che astuzie *per rappresentare la persona celata sotto il nome della moglie*, la moglie ad i suoi eredi potranno sempre provare o che i danari sono stati in realtà ricevuti dal marito, ovvero che si sono volti in suo profitto.

1456. Si potrebbe dire, che i denari si sono volti in profitto del marito, se la moglie, scorgendo la casa senza risorse, impiegasse il prezzo da' suoi immobili a procurare gli alimenti al marito, a' figli, a sè stessa? E nel caso, in cui il marito ritornasse a migliorare fortuna, la moglie avrebbe contro di lui l'azione del reimpiego?

La negativa è evidente. Non si ha in tal caso nè frode, nè desiderio di arricchirsi a spese della moglie, la moglie adempie una stretta obligazione, ubbidiace alla regola dell'art. 1448 (1412), che le comanda di sostenere intieramente le spese della famiglia, se nulla rimane al marito. L'adempimento di questa personale obbligazione non potrebbe acordarle un' azione contro del marito. Ella ha fatto ciò, che doveva fare in virtù della sua qualità di sposa e di madre. In quanto al marito, che si trova per la sua scarsezza sgravato da ogni contribuzione, a' termini dell'art. 1448 (1412), non deve alla moglie nessun compenso. Non si è arricchito a spese della moglie, non l'ha spogliata con artifizi. Ha vissuto de' suoi alimenti, ha ricevuto da lei un' officio pietoso. Non si può esercitare azione di sorta per l'adempimento di tali doveri.

1457. Venghiamo adesso ad una quistione, che ha preaccupato molti spiriti.

La responsabilità del marito ha luogo quando i coniugi sono maritati sotto il regime della non comunione o della separazione convenzionale de' beni? Per esempio, il marito e la moglie sono uniti con un contratto, che esclude la comunione; il marito autorizza la vendita di un bene proprio della moglie: sarà egli reresponsabile?

La corte di Poitiers ha pronunziato l'affermativa, ma siffatto arresto non è decisivo, perchè nella specie era costante che il marito aveva ricevuto il prezzo.

Ma *quid iuris* se non era costante che l'avesse ricevuto? L'arresto precitato sembra inclinato a pensare che l'art. 1450 (1414) deve ricevere la sua applicazione, e questa opinione è vera. È certo che il regime della separazione contrattuale non è incompatibile col rinvestimento; al contrario, il reimpiego si concilia con questo regime per molte solide ragioni. Il potere sta sempre dal lato del marito; la presunzione che il marito ha profittato del prezzo vi è sempre dominante. Se il prezzo non entra in comunione, entra nella borsa del marito, il quale essendo padrone dell' autorizzazione, non la dà quasi mai se non ne profitta. Infine, la separazione, che è una combinazione immaginata per sottrarre i beni personali della moglie alla prepotenza maritale, si volgerebbe contro di essa, invece di conservarle i beni, li comprometterebbe; le torrebbe il benefizio del reimpiego, il quale è cotanto efficace per salvare le mogli dalla rovina; perchè non vi ha nulla che potesse viemmaggiormente precipitare la rovina delle mogli quanto la mancanza del rinvestimento. So che Lebrun esita sopra tale quistione; in pratica, non era ancora decisa ai suoi tempi senza contrasto; si possono citare gravi autori che combattevano la nostra soluzione. Frattanto Lebrun stabilisce i veri principi e fa voti perchè arrivi il momento in cui il reimpiego legale sarà acquistato alla moglie maritata sotto il regime della esclusione della comunione.

Pothier insegna con forza la stessa dottrina. L'art. 1450 (1414) ci avverte che è la sola ragionevole e conforme ai principi.

Non si concepisce dunque che la Corte di Tolosa abbia deciso, con arresto del 15 maggio 1834, che, quando i coniugi hanno dichiarato di maritarsi senza comunione, il marito non è garante del reimpiego del prezzo delle alienazioni dei beni personali fatti dalla moglie con la sua autorizzazione. Non si può spiegare tale decisione se non con un oblio della giurisprudenza dei paesi del dritto consuetudinario, molto ordinaria nei paesi di dritto scritto. Questa Corte non avrebbe dovuto perdere di vista frattanto che, quando i coniugi vivono sotto il regime esclusivo della comunione, vi è una ragione di più che nel caso di separazione giudiziale, per sottoporre il marito ad una responsabilità simile a quella dell' art. 1450 (1414): cioè che mentre la separazione giudiziale fa passare alla moglie l'amministrazione delle sue facoltà, il regime esclusivo della comunione lascia al marito l'amministrazione dei beni mobili ed immobili della sposa art. 1531 (T.), inguisachè egli deve ricevere il prezzo della vendita. Or, poichè egli deve ricevere il prezzo, si presume con maggior ragione di averlo ricevuto: perchè non si presuma che nessuno rinunzii al suo dritto.

La soluzione è la stessa nel regime dalla separazione convenzionale, quantunque non si possa appoggiare sopra quest'ultimo argomento. La separazione convenzionale non potrebbe essere trattate diversamente della separazione giudiziale. Odier ha fatto grandi sforzi per trovare una differenza tra i due regimi, in quel che concerne almeno la quistione del reimpiego; a mio parere non ne ha distinto una grave. Che la separazione contrattuale sia fondata sopra una convenienza delle parti, mentre che la separazione giudiziale proviene dalla mala amministrazione del marito; che la separazione giudiziale possa cessare per la volontà dei coniugi, mentre la separazione contrattuale dura quanto il matrimonio, che importa, io chiedo, alla nostra difficoltà? Non vi è sempre quella autorità maritale che è la nostra ragione dominante, autorità quasi sempre tutelare, ma qualche volta abusiva, quando l' interesse del marito in giuoco, e che si deve contenere con un freno necessario?

1458. Passiamo adesso al regime dotale.

I coniugi sono maritati sotto il regime dotale, con facoltà di alienare. Il marito fa cattivi affari, e la separazione dei beni è pronunziata. Dopo la separazione, la moglie vende l'immobile dotale con l'autorizzazione ed il consenso del marito. Quest'ultimo sarà sottoposto alla responsabilità dell'art. 1450 (1414)? Dovrà render conto di un impiego o di un reimpiego?

L'affermativa non ci sembra dubbiosa e noi decidiamo così a causa dell'autorità maritale, e perchè di marito è, come dicono i dottori, *potentior*. Su di ciò è fondato l'art. 1450 (1414). I paesi di dritto scritto, i quali un tempo non conoscevano l' auto-

rità maritale, non devono obliare che il Codice civile ha fatto a questo riguardo una felice rivoluzione presso di loro, e che dagli art. 215 e 217, (204 e 206) deriva, per le più gravi ragioni filosofiche, l'art. 1450 (1414). Osservate per altro che l'articolo 1450 (1414) è uno di quelli che l'articolo 1563 (1376) del Codice civile rende applicabili al regime dotale.

1459. Adesso occupiamoci dei parafernali, e vediamo se, quando la moglie vende un parafernale con l'autorizzazione del marito, quest'ultimo incorre nella responsabilità dell'articolo 1450 (1414). Tale quistione è combattuta: per scioglierla è d'uopo illuminarci nell'antico dritto.

Secondo la giurisprudenza dei paesi di dritto scritto la moglie aveva il dritto di alienare i parafernali senza l'autorizzazione del marito; era assolutamente come se non fosse stata maritata. Segue da ciò che la vendita del bene parafernale non faceva pesare nessuna gareotja sul marito. Non si doveva temere che speculasse sopra la sua autorizzazione per ottenere la rimessa dei fondi di mano a mano: non esistendo l'autorizzazione maritale non v'erano misure da prendere per precauzione contro dei suoi abusi.

Quando il marito frattanto, assisteva all'atto, il suo concorso non era per lui una causa di obbligazione e di garentia? Le opinioni erano divise.

Gli uni decidevano secondo Bartolo Baldo, Boerio, che si doveva presumere che il marito avesse ricevuto il prezzo, ed il presidente Fabro c'insegna che così era stato giudicato sul suo rapporto dal senato di Chambery: « *Praesumendum pervenisse ad maritum tanquam ad eum qui omni casu sit potentior, et cui mulier non ausit contradiceret.* »

Altri erano di opinione contraria; e ciò che li decideva, si è che, la moglie essendo perfettamente libera rapporto ai parafernali, e non potendo il marito ingerirsene senza il di lei consenso e piacere, non sembrava giusto di dire che il marito qui era *potentior*. Tutto si riputava fatto con la volontà della moglie, e quindi non militava contra il marito nessuna presunzione. Che se ella sosteneva che il marito aveva profittato del prezzo, doveva provarlo. Si possono consultare sull'assunto Denizart Menochio ed altri citati da Benech.

1460. Sotto il Codice civile la difficoltà si rende semplice; l'autorità maritale, la sommissione della moglie, l'influenza alla quale costei è sottoposta, gli art. 215 217 e 1450 (204, 206 e 1414 del Codice civile; tutto si accorda per farci applicare ai parafernali, quello che abbiamo detto di sopra della moglie separata o non comune. La moglie la quale possiede parafernali è sotto questo rapporto, come se fosse separata di beni. Non vi è differenza, se non che la separazione de' parafernali è l'opera del contratto, mentre che la separazione dei beni è l'opera del giudice. Nell'uno e nell'altro caso, si presume che il marito a causa della sua au-

torità, abbia ricevuto il prezzo e l'abbia impiegato in suo profitto.

Questa proposizione senze essere stata positivamente condannata da un arresto della Corte di Bordeaux del 24 agosto 1830, sembra frattanto di non avere agli occhi di questa Corte un alto grado di certezze. Sembra che la Corte reale di Bordeaux inclina, in questo arresto, a considerare l'art. 1450 (1414) del Codice civile, come particolare al regime della comunione, e come quello che non può essere se non difficilmente applicabile al regime dotale e parafernale. Si è veduta or ora la Corte di Tolosa imbevuta delle medesime idee, essa vi ha persistito in un modo più chiaro e più applicabile alla nostra quistione, con arresto del 27 marzo 1840. Si può fortificare questo sistema con l'autorità di Favard di Langlade e di Seriziat. Ma non ne è meno vero che dobbiamo guardarci dal seguirlo, come l'ha ben provato Benech in una eccellente dissertazione che esaurisce il soggetto. L'art. 1450 (1414) non è disposizione particolare pel tale o tale altro regime; è tratto dalle viscere stesse della società coniugale e dei rapporti essenziali dei coningi fra loro. Che importa che il bene sia parafernale? Potete mettere da lato l'ascendente del marito, il quale, come dice Lebrun, *mena quasi sempre la moglie al punto che desidera*. Quando la moglie vende, non è il marito che lo vuole, e che la persuade che è necessario? Il marito può facilmente mettersi al coperto esigendone l'impiego; la moglie non ha altro mezzo all'infuori dell'azione che le dà l'articolo 1450 (1414) per salvare i suoi interessi.

1461. Ma, essendo ciò ammesso rapporto al marito, si potrebbero dedurre le conseguenze sino a dire che i terzi acquirenti sono responsabili della mancanza d'impiego del prezzo dei parafernali.

In nessun modo.

È stato anche giudicato con ragione dalla Corte reale di Rouen, che, per quel che concerne lo stesso fondo dotale se i coningi hanno stipulato la facoltà di alienare senza aggiungervi la condizione del reimpiego, i terzi devono pagare nell'epoche fissate dalla convenzione, e che non hanno dritto ad esigere il rinvestimento da parte dei coniugi. Se in questo caso i terzi sono scevri da ogni obbligazione di sorvegliare il rinvestimento rapporto agl'immobili dotali, quando con maggior ragione rapporto ai parafernali? Non lo dimentichiamo: i terzi hanno il dritto di liberarsi, nessuna condizione restrittiva di questo dritto è stata loro imposta nè dal contratto, nè dalle leggi. Come dunque si potrebbe censurare il pagamento fatto ad una persona capace? Eglino non sono incaricati di sorvegliare gl'interessi della moglie L'art. 1450 (1414) non regola che un rapporto tra marito e moglie.

1462. Ma non si dovrà decidere diversamente quando la moglie costituendosi dei parafernali, ha stipulato che questi parafer-

nali daranno luogo al rinvestimento? Non lo pensiamo. Primieramente, questa condizione non rende gl'immobili dotali. Se i beni sono parafernali, non sono dotali: se non sono dotali, sono alienabili: se sono alienabili, gli acquirenti hanno il dritto di liberarsi secondo le regole del dritto comune. L'obbligazione del rinvestimento o dell'impiego non è che la clausola di un mandato conferito al marito; ma questa clausola è per i terzi *res inter alios acta*.

Or, essendo il bene della moglie alienabile, essendo secondo il dritto comune in commercio, si devono qui applicare i principî, che abbiamo esposto trattando del regime della comunione. Il reimpiego operato non fa che sostituire ad un bene parafernale alienabile un bene parafernale della stessa natura ed anche alienabile; e questa è la ragione per cui i terzi possono pegnorarlo tra le mani della moglie per l'adempimento delle sue obbligazioni. Che se il bene è stato venduto ed il prezzo non rinvestito, non vi è luogo di ricercare gli acquirenti. La clausola del rinvestimento non interessa che i coniugi; essa è diretta contro del marito; non concerne i terzi. Perchè, non sapremmo ripeterlo di troppo, non è se non il principio d'inalienabilità che fa militare contro i terzi la clausola del reimpiego. Senza inalienabilità non vi è azione contro dei terzi, che hanno osato del loro dritto facendo il pagamento ad una persona capace.

ARTICOLO 1451 (1415 M.)

La comunione sciolta per la separazione della persona e di beni o di beni solamente, può ristabilirsi di consenso di ambedue le parti.

Ciò non può farsi se non per atto stipolato da notaro, e con minuta, una copia della quale debbe essere affissa in conformità dell' articolo 1445 (1409. *M.*).

In questo caso la comunione ristabilita racquista i suoi effetti dal giorno del matrimonio: le cose sono restituite nel medesimo stato, come se non vi fosse stata separazione; senza pregiudizio però della esecuzione degli atti che nel tempo intermedio si fossero potuti fare dalla moglie, a tenore dell'art. 1449 (1413).

È nulla qualunque convenzione per cui i coniugi ristabilissero la loro comunione, sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente.

COMMENTARIO

1463. Abbiamo veduto per quali cause può essere pronunziata la separazione di beni, da chi può essere domandata, quali forme presiedono alla procedura, quali effetti accompagnano la sentenza. Vediamo adesso per quali motivi cessa.

La separazione di beni ch'è cagionata dal disordine degli affari del marito non potrebbe essere incompatibile col ritorno al regime della comunione. I disastri della fortuna possono ripararsi: un marito, dopo di avere sofferto le avverse circostanze, trova sovente nelle nuove intraprese e ne' nuovi sforzi lo ristabilimento del suo patrimonio. Possono aprirsi delle successioni in suo vantaggio, e così succedere l'opulenza ad un disastro che sembrava da prima senza rimedio. Perchè i coniugi non ritornerebbero al regime della comunione, ch'è la legge primitiva del loro contratto di matrimonio? Rientrare in questo contratto è un pensiero naturale che merita favore. Questa è la ragione per cui l'antica giurisprudenza autorizzava i coniugi a far cessare la loro separazione di beni. « Se, dopo la separazione di beni tra l'uomo e la donna congiunti in matrimonio, i detti coniugi ritornano a mettere insieme i di loro beni, cesserà l'effetto della detta separazione; e rientreranno nella detta comunione i mobili e gli acquisti immobiliari, anche quelli acquistati durante la detta separazione, come se non fosse avvenuta, restando nulladimeno buono e valido tuttocciò ch'è stato contratto durante la separazione. » Tale è la disposizione dell'art. 199 della consuetudine di Orléans. Era questo il dritto comune, malgrado tuttocciò che può dire Bourjon col suo eterno ritornello della giurisprudenza del Castelletto. « Quantunque la separazione fosse nelle forme, diceva Lebrun, e che fosse stata eseguita, il marito e la moglie possono recederne quando sembra loro a proposito; e tale ristabilimento della comunione facendosi in occasione di un più felice progresso che si scorge negli affari del marito, *non deve passare per un vantaggio indiretto* (era questa altre volte la grande obiezione ed il grande spavento); perchè questo è un ritorno al dritto comune trattato favorevolmente dal dritto nella legge 19, D., *solut. matrim.*, e nella legge 3, D., *de divortiis*; perchè tutte le separazioni tra i coniugi non sono che provvisorie. » Si possono consultare Chopin, Caronda, Ricard, ne' loro commentari all'art. 220 della consuetudine di Parigi. Eglino citano un arresto del 4 febbraro 1601, il quale fu, secondo che sembra, il primo ad introdurre questo punto di diritto nella giurisdizione della consuetudine di Parigi.

1464. Queste ultime parole di Lebrun alludono alla separazione personale, la quale è ancora una causa di separazione di beni. La separazione personale non era meno irrevocabile nello antico dritto della separazione di beni ottenuta soltanto, per causa del disordine negli affari del marito. Lo stesso è da dirsi oggi, ed il nostro articolo lo dichiara in termini espressi. Le scritture sulle quali è stata domandata ed ottenuta la separazione personale sono suscettibili di cancellarsi. I coniugi possono provare, per mezzo della stessa separazione, il desiderio di ravvicinarsi. Platone ha detto: « In amicizia il desiderio che nasce dall'assenza rende i legami più forti e l'unione più intima: » Può avvenire lo stesso di

coloro la di cui amicizia si è raffreddata; perchè l'assenza fa obbliare i difetti de'quali si aveva dritto a lamentarsi, e non rimangono nella memoria se non le qualità colle quali l'uno a l'altro sono attaccati. I figli per altro esistenti servono di punto di ravvicinamento. La separazione de' loro parenti è per essi una situazione sempre penosa, sovente fatale. Sono un mediatore per mezzo di quelle parole di pace che cuori benfatti sono sempre disposti a sentire! Perchè le promesse affettuose di un marito non disarmerebbero una moglie? « *Offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverit.* » Perchè il pentimento d' una sposa, la quale è stato forse più leggiera che colpevole, non indurrebbe nel cuore di un marito un generoso perdono? La separazione personale può dunque disparire col consenso de'coniugi, e la loro riunione ha per conseguenza ordinaria (quantunque non sia una conseguenza essenziale) di far cessare la separazione de'beni che ne era stata la conseguenza.

1465. Ma come si consoliderà questo ristabilimento della comunione? Poichè una sentenza ha separato i coniugi sia personalmente, sia di beni, sarà d' uopo di un'altra sentenza per riunirli?

Lo ristabilimento dei coniugi nel loro stato normale è una cosa tanto favorevole, che non si è ricercata una sentenza. In simile materia si deve evitare il lusso delle formalità. Basta che la volontà de' coniugi sia certa e manifesta. Notate che, quando si tratta di una sentenza di separazione di beni, i coniugi possono rinunciare al beneficio della decisione giudiziaria non eseguendola. La loro volontà dunque è del maggior peso; e, quantunque la materia si rannodi ai principi d'ordine pubblico, tutto si spiega con quest' unica considerazione, cioè, che si rientra nel contratto di matrimonio.

1466. Ma poichè la volontà de' coniugi è qui la suprema legge, in qual forma si dovrà manifestare?

Per antico dritto, si faceva una distinzione: nel caso della separazione personale, bastava la sola riunione de' coniugi per cancellare la loro separazione; e poichè la separazione delle persone svaniva, se ne conchiudeva che la separazione de' beni doveva pure sparire, come l'accessorio col principale. Solamente, se la moglie non voleva che la sua riunione col marito, traesse lo ristabilimento della comunione, le si permetteva di protestare per rimanere nello stato di separazione. Così, per tesi generale, la separazione di beni accessoria alla separazione personale cessava col fatto, senza pubblicazione particolare, senza atto pubblico, senza espressa dichiarazione.

Ma quando la separazione di beni fosse stata pronunziata senza la separazione personale, lo ristabilimento della comunione non aveva vaglia se non quando era accompagnato da un atto esterno preciso, contenente la dichiarazione della volontà de' coniugi. Lo

ristabilimento adunque dovea esser fatto in cancelleria o innanzi notaro.

Tale distinzione trovasi respinta dal nostro articolo. Sia che la separazione di beni è connessa con la separazione personale, o è pronunziata senza toccare l'unione delle persone, un atto officiale di pubblicità è necessario. Bisogna necessariamente un atto innanzi notaro, e con minuta, la di cui spedizione dev'essere affissa nella forma dell'art. 1445 (1409). Se i coniugi separati di persona si limitassero a riunirsi col fatto e coll'abitazione senza di tale formalità, la loro riunione non porrebbe fine che alla separazione personale; lascerebbe sussistere la separazione de' beni. Lo ristabilimento della comunione interessa talmente i terzi, che si è giudicato indispensabile di farlo dipendere, in tutti i casi, dalle solenni pubblicazioni.

1467. Qui si presenta una quistione di forma che non è esente di gravità.

Secondo l'art.872 (890) del Cod. di proc. civ., è necessario che la sentenza di separazione fosse esposta anche rapporto ai coniugi non commercianti, non solo nel tribunale civile, ma ancora nel tribunale di commercio e nelle camere de' patrocinatori e de' notai. Lo ristabilimento della comunione sciolta non è valido se non sotto questa condizione? e se non è osservata, i terzi sono autorizzati a non conoscere nei coniugi se non coniugi separati? L'affermativa, primieramente adottata dagli autori e d'alcuni arresti è stata proscritta con arresto che cassa, il 17 giugno 1839. Tale arresto decide che l'art. 1451 (1415 M.) non si riferisce che all'art.1445 (1409), e che se l'art. 872 (950) relativo alla pubblicità delle sentenze di separazione, avesse voluto stabilire nuove formalità per lo ristabilimento della comunione, l'avrebbe detto; in guisachè il suo silenzio lascia lo ristabilimento della comunione sotto l'impero esclusivo dell'art. 1445 (1409) senza ingerirsi dell'art. 872 (950) del Codice di procedura civile. Noi opiniamo che tale giurisprudenza debba prevalere.

1468. Si domanda adesso se i coniugi possono formarsi l'un contro l'altro un'eccezione, nella mancanza di pubblicità dello ristabilimento della comunione. Io lo penso, checchè ne dicano Rodière e Pont. Senza di che lo ristabilimento mancherebbe d'immobilità e di base: si dovrebbe ricercare in fatti difficili a provare e lanciarsi nel dominio delle induzioni. Convengo frattanto che nell'interesse de' terzi soprattutto è stata ricercata la pubblicità dello ristabilimento. Ma non è meno vero che questa ragione sia la sola. Pothier osserva ch'è pure ricercato l'atto pubblico « per evitare le liti alle quali darebbero luogo le quistioni sulla sufficienza o insufficienza de' fatti che sarebbero allegati per lo ristabilimento della comunione ».

Quand'anche la separazione di beni fosse una conseguenza della separazione personale, sarei indotto a pensare che ne dev'essere

lo stesso. È possibilissimo che i coniugi vogliano riunire le loro persone senza riunire i loro beni. Pothier lo riconosce e ne fa l'osservazione giudiziosa. Or dobbiamo supporre tale intenzione quando vediamo i coniugi ristabilire la coabitazione senza pensare a far rivivere la loro comunione. *Idem est non esse et non apparere.*

1469. Lo ristabilimento della comunione essendo un ritorno al contratto di matrimonio, ed il contratto di matrimonio essendo immutabile durante la società coniugale, ne siegue che ogni convenzione colla quale i coniugi ristabilissero la loro comunione sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente sarebbe nulla, perchè, in questo caso, non si potrebbe dire che vi è ritorno al contratto di matrimonio. Sarebbe un nuovo contratto di matrimonio fatto dopo, quando la società coniugale è in pieno vigore; sarebbe lo scombussolamento delle idee consagrate dall' art. 1395 (1349) del Codice civile. Delle due cose l'una, o la comunione deve restare disciolta, o dev' essere ristabilita com' era. Non vi potrebbero essere due contratti di matrimonio per uno stesso matrimonio.

1470. Ma l'inserzione di questa condizioni derogatorie annullerebbe interamente lo ristabilimento della comunione?

Si decide in generale la negativa; in guisachè, in questo sistema, la nullità cade soltanto nella causa derogatoria, e che lo ristabilimento sussiste malgrado i vizi che lo accompagnano e che si separano da essi: si appoggia tale opinione sull' autorità di Pothier e di Lebrun. In quanto a me ho gravissimi dubbi. L' art. 1451 (1415 M.) mi sembra redatto in un senso differente; perchè quello che annulla, è la convenzione contenente lo ristabilimento della comunione, e non la clausola derogatoria al contratto di matrimonio soltanto.

E come potrebbe esserne altrimenti senza fare violenza alle volontà delle parti? Elle hanno voluto lo ristabilimento della loro comunione sotto tale condizione precisa, senza di cui, forse, avrebbero preferito di restare separate. Vi è permesso di sopprimere la condizione e di dare effetto allo ristabilimento? Non potrei pensarlo. Lo ristabilimento della comunione ha bello essere favorevole: si deve appoggiare en di una volontà non ambigua dei coningi.

1471. Se il patto censurato fosse di quelli de' quali ho parlato ne' n. 217 e seg., e che non portano il turbamento nell'economia del contratto di matrimonio, non solo lo ristabilimento sarebbe valido, ma quest' istesso patto dovrebbe essere rispettato.

1472. Adesso supponghiamo che la comunione sia stata ristabilita, e che la sia stato validamente.

Come importa di cancellare la traccia di una separazione contraria al voto primitivo de' coniugi, la comunione si trova rista-

bilita con effetto retroattivo. *Non videtur factum quod non durat factum.*

Così gli acquisti fatti *medio tempore* entrano in comunione. Tuttocciò che si è fatto in questo tempo di separazione si presume comune. Si suppone che la rottura non sia stata grave come dice Lebrun, o piuttosto come soggiunge lo stesso autore, che non è stata se non provvisoria ed a titolo di sicurtà.

1473. Tuttavia, gli atti intermedi fatti dalla moglie in virtù dell'art. 1449 (1413) non lasciano di sussistere. Il dritto de' terzi non è colpito dall'effetto retroattivo, ed il marito non può dolersi se durante la separazione la moglie abbia agito da moglie separata.

Così, ciò che la moglie ha venduto è bene venduto; ciò che ha locato è bene locato.

Se il marito avesse dato cauzione per la dote, e che la cauzione fosse stata ritirata in conseguenza della restituzione della dote per causa della separazione, lo ristabilimento della comunione sarebbe per la cauzione, *res inter alios acta*. Non è in potere de' coniugi di fare rivivere un' obbligazione estinta.

1474. Nell' istesso modo, se un terzo avesse dotato la moglie col patto di riversione in caso dello scioglimento della comunione, essendo la dote ritornata al donante in seguito della separazione, non si ristabilirebbe, in pregiudizio di quest' istesso donante collo ristabilimento della comunione. Non vi è effetto retroattivo riguardo ai terzi.

Ne sarebbe altrimenti quando la riversione fosse stata stipolata nel caso di scioglimento di matrimonio; perchè lasciando la separazione de' beni tutta la sua forza al matrimonio, la condizione del ritorno non si realizzerebbe.

1475. Tuttocciò che veghiamo di dire sul ritorno al regime della comunione è applicabile a' coniugi maritati sotto la regola dotale. È permesso loro di cancellare le tracce della separazione, e di rientrare nel regime dotale.

1476. Le leggi della rivoluzione che hanno pesato sugli emigrati, gli atti di conciliazione del consolato e della restaurazione che hanno loro reso la vita civile, hanno fatto nascere la seguente quistione:

Un emigrato è colpito della morte civile: la sua comunione è stata sciolta; è stata liquidata e divisa. Durante questo stato di cose la moglie ha fatto degli acquisti; poscia, all' epoca del ritorno dell' emigrato e dell' amnistia i coniugi si riuniscono. Gli acquisti fatti dalla moglie saranno beni personali? ovvero si dovrà dire cogli argomenti dell' antico dritto, confermati dall'art. **1451** (1415 M.) che la reintegra dell' emigrato ha tratto la reintegra della comunione con effetto retroattivo?

Un arresto della Corte di cassazione del 10 agosto 1842, emesso dalla camera civile, ha deciso che tali acquisti sono propri della

moglie, e che non si devono applicare in un caso in cui vi è stato scioglimento per la morte civile, i principi della separazione di beni.

I coniugi Delée si erano maritati li 17 ottobre 1788 sotto il regime della comunione, conforme alla consuetudine di Bretagna. Li 27 settembre 1793, il marito, Vittorio Delée, fu inscritto sulla lista degli emigrati, ed i suoi beni furono confiscati. Il 22 termidoro anno IV si procedè tra lo Stato e la signora Delée, alla divisione della comunione. Per soddisfarla de' suoi dritti, lo Stato le abbandonò diversi fondi situati nel Finistére.

Li 30 frimaio anno VI, la signora Delée acquistò dallo Stato due fondi confiscati al marito.

Li 30 termidoro anno X, Vittorio Delée fu cancellato dalla lista degli emigrati. E' si riunì alla moglie.

Li 30 giugno 1814, i coniugi Delée vendettero, per il prezzo di fr. 13.000 i due fondi che la signora Delée aveva acquistato dallo Stato li 30 frimaio anno VI.

A 28 ottobre 1826, morte di Vittorio Delée.

La vedova rinunziò alla comunione; reclamò, tra le sue riprese, la somma di fr. 13,000 rappresentanti il prezzo de' fondi ch'ella aveva comprato dallo Stato, e rivenduti dal marito dopo il suo ritorno e la sua riunione con lei. Pretese che questi fondi erano per essa beni propri, acquistati con i suoi danari in un'epoca in cui non vi era più comunione, tra lei ed il marito.

A 31 luglio 1836, sentenza del tribunale di Lorient, il quale decide che Delée era incorso nella morte civile, che la sua comunione era stata sciolta; che la divisione della comunione era stata irrevocabile giusta il senatus-consulto del 6 fiorile anno X; che in conseguenza, ciò che la moglie avea acquistato durante lo scioglimento era suo proprio;

Che in verità Delée, in conseguenza dell'amnistia, è rientrato nell'esercizio di tutti i suoi dritti, ed in conseguenza in quelli dell'autorità maritale, ma che ciò non ha potuto aver luogo se non per l'avvenire;

Che, sin dal momento della riunione de' coniugi ha cominciato per essi una nuova società coniugale; che in questa nuova società non sono caduti gli acquisti fatti da lei nell' intervallo tra la prima e la seconda; che tali acquisti sono rimasti propri a lei; che così le si deve il prezzo de' propri alienati.

Appello: gli eredi di lei sostengono che non vi sono state due comunioni; che non ve n'è stato che una sola; che tutto è stato cancellato, conforme ai principi di cui l'art. **1451** (**1415 M.**) non è che l'eco.

A 28 novembre 1835, arresto della Corte reale di Rennes che conferma adottando il motivo de' primi giudici.

Ricorso: un'ammissione decisa sul rapporto del sig. Joubert e contro le conclusioni del sig. Hervé, rinvia la quistione alla ca-

mera civile della Corte; ma, innanzi a questa camera, fu pronunziato il rigetto, con molta ragione, sul rapporto del signor Miller e sulle conclusioni del signor Hello, avvocato generale;

« Attesochè Vittorio Delée era, colla sua emigrazione, incorso nella morte civile; che uno degli effetti di questa morte civile era stato di sciogliere la comunione che esisteva tra lui e la moglie.

« Che, in conseguenza di questo scioglimento, gl' immobili destinati a costei per mezzo della divisione fatta con lo Stato ed acquistati da lei prima dell' amnistia ottenuta dal marito, erano la proprietà personale della moglie e non potevano essere reputati acquisti di una comunione che avea cessato;

« Attesochè l' amnistia non ha avuto effetto retroattivo e non ha potuto ristabilire la comunione come se non avesse mai cessato; che non si tratta, nella specie di una separazione personale o di beni, nè dell' applicazione, sia dell' art. 1395 (1349) del Codice civile, sia del principio dell' antico dritto consuetudinario consacrato dall' art. 1451 (1415 M.) dello stesso Codice; che si tratta della morte civile le di cui leggi speciali hanno potuto fare ed hanno fatto cessare gli effetti, ma per l' avvenire soltanto;

« Attesochè la reintegra del marito ne' suoi dritti per l'avvenire e la sua riunione con la moglie non hanno potuto infrangere i dritti anteriormente acquistati, come risulta dall' art. 16 del senatus-consulto del 6 messidoro anno X, ed alla proprietà esclusiva ch' era stata conferita alla moglie durante l' emigrazione.

« Donde ne siegue che confermando la sentenza la quale, dopo di aver detto che vi erano state due comunioni distinte fra i coniugi aveva dichiarato propri della moglie gl'immobili a lei attribuiti nella divisione fatta nell' anno IV, collo Stato e quelli da lei acquistati nell'anno VI, l'arresto impugnato non ha violato l'art. 1395 (1349) del Cod. civ., nè il principio del dritto consuetudinario consacrato dall' art. 1451 (1415 M.) dello stesso Codice, ed ha fatto una giusta applicazione delle leggi sugli emigrati e dell'art. 16 del senatus-consulto del 6 fiorile anno X. »

Tale arresto non può essere che approvato, e fondato sui veri principî, come sullo spirito particolare che ha preseduto alle leggi dell'amnistia. L'effetto retroattivo è incompatibile con queste leggi. Sono leggi di obblio, di grazia, di generosità; non vogliono che gli effetti civili, acquistati ad altri nel passato, possano provare il minimo crollo. E poi, su di che è fondato lo ristabilimento della comunione con effetto retroattivo nel caso di separazione di beni? Sull'idea, che la separazione non è stata che una misura provvisoria, ovvero, come dice Lebrun, che la *rottura non è stata grave*. È possibile di dirne altrettanto della condanna alla morte civile.

1477. Ma se l'art. 1451 (1415 M.) era applicabile in simil caso, in quanto all'effetto retroattivo dello ristabilimento della comunione,

a meno dovrà servire di guida in quanto alla forma da seguirsi per lo ristabilimento della comunione? In altri termini, quando il marito ha emigrato e che la comunione è stata sciolta con la sua morte civile, il suo ritorno alla vita civile con l'amnistia ha reso forza alla comunione dal dì della reintegra ai suoi dritti civili?

Tale quistione è stata agitata all'udienza della camera de' ricorsi il dì 1 agosto 1847. Il sig. Pataille, relatore era di parere, con l'arresto impugnato; che la comunione si era ristabilita *ipso iure*; il signor Rouland, avvocato generale, sosteneva al contrario, che la comunione, essendo stata rotta, non poteva essere ristabilita *ipso facto*, e, in questo conflitto noi ci determinammo per l'ammissione.

Se la riunione de'coniugi avesse avuto luogo prima della promulgazione del Cod. civ., si potrebbe sostenere con apparenza di ragione che lo ristabilimento della comunione si è operato di pieno dritto: non si ha che a leggere se non quello che abbiamo detto al n. 1466. Vi è stata non solo separazione di beni, ma ancora separazione personale, con qualche cosa di più. Or noi abbiamo detto che in questo caso l'antica giurisprudenza ammetteva che la riunione delle persone faceva cessare *ipso facto* la separazione dei beni, a meno di una protesta.

Ma, se la riabilitazione del morto civile si facesse sotto l'impero del Cod. civ., penserei che si dovesse stare all'art. 1451 (1415 M.), ch'è molto più ragionevole. Difatti, non è impossibile che i coniugi volessero riunirsi senza ristabilire la comunione; lo ristabilimento della comunione potrebbe anche avere effetti disastrosi per la moglie, in certi casi in cui le disgrazie dell'esilio avessero fatto pesare debiti considerabili sul marito. Non si deve dunque ristabilire la comunione senza essere sicuri che i coniugi l'hanno voluto. L'art. 1451 (1415 M.) dev'essere eseguito come ragione scritta.

1478. Terminiamo il commentario all'art. 1451 (1415 M.) con una riflessione. Se permette ai coniugi separati giudiziariamente di rientrare nel regime della comunione, nulla di simile è permesso ai coniugi maritati sotto il regime della separazione de'beni. Rapporto a questi, difatti, la comunione non sarebbe un ritorno allo stato antico; sarebbe una innovazione. Non si rientrerebbe nel contratto di matrimonio; se ne allontanerebbe. L'art. 1395 (1349) del Cod. civ. si oppone formalmente a tale sostituzione.

ARTICOLO 1452 (1416 M.)

Lo scioglimento della comunione avvenuto col divorzio o colla separazione personale o de' beni, o dei beni solamente, non dà adito a dritti di sopravvivenza della moglie; ma costei conserva la facoltà di esercitarle alla morte naturale o civile del marito.

COMMENTARIO

1479. Gli scioglimenti di comunione i quali hanno luogo per cause diverse della morte non danno adito ai guadagni di sopravvivenza. La *parola guadagno di sopravvivenza* spiega da se stessa tale proposizione contenuta nel nostro articolo. È chiaro che questi vantaggi non sono conferiti che al coninge il quale sopravviva all'altro; la premorienza di uno de' coniugi si è la condizione. Le condizioni devono adempirsi, nel contratto di matrimonio, *in forma specifica*. I coniugi hanno formato il loro contratto con conoscenza di causa. Se non hanno previsto che il caso di morte, è probabilmente perchè non hanno voluto attaccare il loro pensiero ad un atto civile. Dare estensione alle clausole di un contratto di matrimonio, sarebbe un esporsi ad offendere la volontà delle parti. Quanto di più naturale, per altro, quanto il supporre che hanno rigettato lungi da se i casi di divorzio, di separazione personale e di separazione di beni, i quali sono all'uscio del matrimonio di un sì funesto augurio.

Ciò non è di dritto nuovo: un arresto del 20 marzo 1593 l'aveva così deciso, e la giurisprudenza avea persistito in questa via, la sola conforme al dritto, alla ragione, ed alla quale non si potrebbero opporre se non ragioni di analogia di un debole valore.

1480. Abbisogna dunque uno scioglimento della comunione colla morte per dar l'adito ai guadagni di sopravvivenza.

1481. Del resto la morte civile è paragonata dal nostro articolo alla morte naturale. Ciò formava difficoltà sotto l'antico dritto, e molte ragioni plausibile di dritto e di umanità possono essere invocate nel contrastare tale soluzione. Che che ne sia, si è pensato che la morte civile è un annichilamento della persona civile cotanto completo, che si può supporre uguale alla morte naturale per tutti gli effetti civili. L'art. 1452 (1416 M.) non è sotto questo rapporto, che la conseguenza dell'art. 25 (T.) del Cod. civ.

1482. Quantunque l'art. 1452 (1416 M.) non parli che del guadagno di sopravvivenza della moglie, pure deve formar legge pel marito quando il contratto di matrimonio gli attribuisce un guadagno di sopravvivenza. Se il nostro articolo non ha parlato se non della moglie, è avvenuto perchè rannodandosi con una serie di articoli i quali trattano della separazione di beni (azione che

appartiene alla sola moglie), suppone, in quest'ordine d'idee, che la moglie è attrice per lo scioglimento della comunione. Ma quando la separazione di beni invece di essere domandata principalmente, non è che la conseguenza di una separazione personale, il marito allora può trovarsi attore per lo scioglimento, e l'analogia conduce a decidere che gli è applicabile l'art 1452 (1416 M.).

1483. È chiaro, del resto, che le parti possono derogare alla regola del nostro articolo: il contratto di matrimonio può stipulare che l'antiparte convenzionale apparterrà alla moglie al momento dello scioglimento, senza aspettare la premorienza. Così ha giudicato la Corte di cassazione con arresto del 26 gennaro 1808, il quale ha deciso che l'art. 1452 (1416 M.) non è nè limitativo nè restrittivo.

1484. Quando la separazione de' beni è la conseguenza della separazione personale, il coniuge che si è reso colpevole d'ingratitudine con i suoi cattivi trattamenti, e contro di cui è pronunciata la separazione perde i suoi vantaggi. Noi ritorneremo sopra questo punto nel commentario all'art. 1518 (T.). Ci basta qui di osservare che il nostro articolo non fornisce argomento di sorta contro questa eccellente giurisprudenza. Quanto decide che dopo la morte del marito la moglie separata di persona e di beni riceverà i suoi guadagni di sopravvivenza, suppone, come l'abbiamo detto or ora, che la moglie è stata attrice, e che ha ottenuto la separazione. L'articolo 1452 (1416 M.) adunque non si occupa di una moglie colpevole; ma di una moglie ferita, offesa, e che non merita di perdere i suoi vantaggi nuziali.

1485. Si domanda se la moglie potrà rinunciare, dopo la separazione dei beni, ai suoi guadagni di sopravvivenza, mediante una somma di denaro pagata attualmente. L'obbiezione contra la legalità della rinuncia si trae dal motivo che questo atto sembra della natura di quelli coi quali si pattuisce su di una successione futura. Ma tale obbiezione non è fondata. Il guadagno di sopravvivenza è un dritto contrattuale costituente un credito; non è un dritto di successione; è concesso alla moglie come socia, e non come erede. È un vantaggio della comunione; non è una istituzione di erede.

Eccone un esempio:

Il contratto di matrimonio della signora Matteray le assicurava, in caso di sopravvivenza, una pensione vitalizia ed alimentaria. Si separò dal marito, e transasse, tanto per le sue ragioni che per la suddetta pensione mediante un accomodamento di 12.000 fr. Era questo un patto su di una successione futura? No. La moglie in caso di sopravviveza non si presenta come erede del marito per avere i suoi guadagni, si presenta come creditrice in virtù del contratto di matrimonio. Essa può dunque transigere sopra questo credito, e tale atto non è un trattato sopra una successione futura.

Tuttavia, se il guadagno di sopravvivenza avesse, con le sue combinazioni e con le sue connessioni, il carattere di una istituzione per contratto, il trattato che vi sarebbe relativo cambierebbe aspetto, si classificherebbe tra i patti relativi ad una successione futura.

Per esempio:

Jantet sposa madamigella Reydellet; i genitori del promesso assicurano alla fidanzata con donazione, la quarta parte di tutti i loro beni nel caso in cui il marito premorirebbe senza figli.

Il caso previsto si realizzò. La signora Jantet, divenuta vedova, transasse con i donanti, mediante il possesso di alcuni immobili.

Quindi si pentì, ed attaccò la transazione, Arresto della Corte di Lione del 16 gennaro 1838, che la dichiarò nulla, e sul ricorso in cassazione, arresto della camera civile, del 16 agosto 1841, che pronunciò il rigetto. Difatti, conteneva un' istituzione per contratto, un testamento irrevocabile, una istituzione di erede.

1486. Quantunque la moglie non avesse nessun dritto di chiedere i suoi vantaggi nuziali sin che il marito non è premorto, a causa che la condizione è sempre pendente, tuttavia non le sarà interdetto di prendere delle misure conservatorie.

Questa è la ragione per cui accade qualche volta che il marito dà alla moglie una somma di danaro per sicurezza delle sue ripetizioni.

Ma, in simil caso la moglie non ha dritto di porla sotto il suo nome e come a lei appartenente, sotto condizione di pagarne interessi al marito. Sarebbe questo un agire come se fosse padrona della somma, nel mentre non ha se non una sicurezza ed una fideiussione. Violerebbe l'art. 1452 (1416 M.) chi volesse che il pagamento del guadagno di sopravvivenza non avesse luogo se non dopo la morte.

Sez. IV. Dell'accettazione della comunione, e della rinuncia che può esser fatta, con le condizioni che vi sono relative.

ARTICOLO 1453 (1418)

Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie, i suoi eredi ed aventi causa, hanno la facoltà di accettarla o di rinunziarvi. Qualunque convenzione in contrario è nulla.

COMMENTARIO

1487. Sin che dura la comunione, il personaggio della moglie è cancellato, che il marito ne è qualificato signore e donno. Il marito agisce, dispone, governa. Tranne il caso, in cui rovesci di fortuna vengono a mettere in pericolo gl' interessi comuni, ed

in cui la moglie ha il dritto di domandare la separazione per mettersi al coperto, in tutte le altre circostanze la preponderanza della banda del marito pende con tanto vantaggio; che molti spiriti sono stati tentati a riguardare l'influenza della moglie come non abbastanza immediata nella gestione degli averi comuni. Ma, appena la comunione è sciolta, la situazione cambia, tutti i privilegi passano dal lato della moglie, e l'equilibrio si ristabilisce. Quanto più la moglie è stata soggetta durante l'amministrazione del marito, tanto più va a ricevere di estensione onde sfuggire alle conseguenze di tale autorità, le quali cnaterrebbero per essa dei pericoli. La moglie di fatti, non è la compagna passiva del marito: ella ha dritti distinti ed una indipendenza personale; fa d'uopo che in un dato giorno, l'autorità del marito trovi un controllo o un contrappeso.

Da ciò, il dritto della moglie di rinunciare alla comunione se lo giudica utile, o di non accettare tale comuniono, se non quando le è vantaggiosa.

1488. Non fa d'uopo di molta insistenza per far vedere quanto è esorbitante questo dritto. Ei concede ad una sola delle parti, il dritto di distruggere l'effetto di una società contratta nell atto il più solenne ed il meno soggetto a pentimento. Ei le accorda la scelta discrezionale di prenderne la sua parte quando è buona, di ripudiarla quando è cattiva. Saremmo quasi tentati a dire che questo è un dritto leonino, se la moglie non fosse stata la più debole nello spazio di tutta la durata del matrimonio: ma a cagione del di lei stato di dipendenza, questo dritto non è eccessivo ed ingiusto ei non è se non salutare. Se ne veggono quotidianamente i felici effetti per la conservazione del patrimonio delle mogli.

1489. Come le migliori cose, ei non deve la sua esistenza ad una combinazione preconcetta, e ad un ordinamento scientifico; era anche respinto sotto l'organizzazione primitiva della comunione. La moglie era troppo dipendente in tal'epoca per avere un simile privilegio. Comune per mezzo del suo matrimonio, ella rimaneva comune sino alla fine.

Il tempo delle crociate modificò tale stato di cose, ma in profitto delle mogli nobili solamente. Le guerre d'oltramare avevano imposto ai nobili pesi ruinosi: l'obbligo di mantener se ed i loro uomini in contrade lontane, a traverso a mille pericolose vicende, i pegni personali e reali che ne erano stati la conseguenza, i riscatti che si promettevano tanto spesso onde sfuggire dalla prigionia degl'infedeli, tutto ciò aggravava di enormi debiti la nobiltà, sopra cui gravitava il peso di tali pietose e temerarie intraprese, in guisachè questi eroi della cavalleria, mietuti per la gloria e per la fede non lasciavano alle di loro vedove se non fortune aggravate di debiti. Non si volle che elleno restassero oppresse sotto l'enormità di tali pesi, e si permise loro di rinun-

ciare alla comunione. Un gran privilegio era questo, e non abbisognavano nientedimento di simili circostanze per introdurlo: perchè regolarmente un socio non può rinunciare ad una società in pregiudizio dell'altro, e lasciarli tutti i debiti, soprattutto quando questo socio è una sposa che deve portar rispetto agli atti emanati dal marito.

Tale rinuncia si faceva con solenni formalità. La vedova, la quale ordinariamente non accompagnava il corpo del marito quando s'inumava, e che doveva al contrario rinserrarsi quaranta giorni senza uscire, la vedova in quei giorni seguiva l'esequie ed, arrivata al cimitero, gettava sopra la fossa del marito la borsa e le chiavi. « Alla morte di Filippo duca di Borgogna, la duchessa » Margherita, di lui moglie, dice Monstrelet, rinunciò ai suoi » beni mobili sul dubbio che non trovasse grandi debiti, ponendo » sul di lui mortorio la sua cintura con la sua borsa e le chiavi, » com'è di costume, e di ciò domandò istrumento ad un pub» blico notaro che colà si trovava presente ». Coquille parla di una carta che aveva letta e nella quale la vedova del primogenito del duca di Borgogna rinunciò con questo cerimoniale alla comunione del marito, il quale era morto aggravato di debiti.

La moglie gettava le sue chiavi per dimostrare che non aveva più l'amministrazione de' beni che erano stati comuni, e che abbandonava la parte che ella vi aveva; perchè come dice Tertulliano: « *Officium matris familias regere loculos, custodire claves* ». Ella gettava la sua cintura con la sua borsa per dinotare che non riteneva nulla de' beni comuni. A tal'epoca le donne non portavano solamente il loro denaro nelle borse, ch'elle nomavano *limosiniere*, ma ancora nelle di loro cinture. Si trovano traccie di questo antico uso in molte consuetudini e specificatamente nella consuetudine di Meaux. Uno è questo degli esempi i più curiosi del dritto simbolico delle epoche barbare, e del materialismo con il quale i popoli prima della civilizzazione hanno bisogno di aver colpiti i sensi.

1490. Come l'ho detto, il dritto di rinunciare alla comunione era solamente accordato alle mogli nobili, alla *vedova venuta da nobile linea e vivente nobilmente*.

In seguito, quest'uso fu accordato alle vedove degl'ignobili, per autorità di Gian Giacomo di Mesme, luogotenente civile e referendario padre di Enrico di Mesme, celebrato come il suo Mecenate da Passerat. Dall'istante che le vedove nobili ne erano state rivestite, era giusto di non fare eccezioni per le ignobili; perchè elleno ancora ridotte ad una parte di ubbidienza durante il tempo della vita comune, possono essere tratte in rovina dai di loro mariti con debiti contratti a malgrado di esse. *Publice interest dotes mulieribus servari.* Questa facoltà divenne dunque di dritto comune; ciò che pruova per parentesi, che la cittadinanza, la quale aveva acquistato il dritto di arricchirsi, usava

qualche volta ancora del dritto di rovinarsi. Le vedove ignobili usavano egualmente la cerimonia della cintura, come ce l'insegna Coquille, secondo gli antichi atti della consuetudine del Nivernese. Ed ecco la ragione perchè, allorquando tale cerimonia fu caduta in disuso, vi furono molte consuetudini le quali vollero che la rinuncia si facesse in ventiquattr' ore.

1491. Quando il dritto si disciolse dalle sue forme materiali, si abbandonò in generale la formalità del deposito delle chiavi, della borsa, e della cintura. La rinuncia si faceva ora in cancelleria, ora avanti notaro, ora in giudizio. I termini variavano. Secondo Loisel si faceva in giudizio, nei quaranta giorni dell' inventario, e l' inventario nei quaranta giorni dalla morte, il termine di quaranta giorni e quaranta notti *essendo*, dice il nostro autore, *l' ordinario de' Francesi*. Ma, come lo vedremo più sotto, non è in nessun modo dimostrato che questo fosse il dritto romano.

1492. Con l'ordinanza del 1667, t. 7, art. 5, la moglie che rinunciava ebbe tre mesi per fare l' inventario dopo la morte di suo marito, e quaranta giorni per deliberare. Ella doveva fare la sua rinuncia con atto in cancelleria, o con atto avanti notaro. Noi vedremo più tardi, come questa ordinanza fu compresa ed eseguita. Noi vedremo ancora, per mezzo dell'art. 1456 (1421), ciò che il Codice civile ha stabilito a questo soggetto.

1493. Quando la moglie accetta la comunione, tutti gli atti del marito, vantaggiosi o no, le divengono comuni. Si reputa ch' essa abbia avuta parte, o almeno che se le abbia reso propri con la sua accettazione. Ei ricadono su di lei con il loro peso, o l' arricchiscono con il loro emolumento. Ella prende dunque la metà dell' emolumento e la metà de' debiti.

1494. Questa è la ragione per cui si procede, in caso di accettazione della comunione, alla divisione dell' attivo e del passivo. Questa operazione è una delle più importanti continuazioni dello scioglimento della comunione. Noi ce ne occuperemo nel comento agli art. 1467 (T.) e seguenti.

1495. Il dritto di accettazione appartiene alla moglie, anche allora che lo scioglimento della comunione è stato da lei domandato per disordini degli affari del marito. Altre volte se ne era dubitato; oggi tutte le opinioni sono unanimi sopra questo punto.

1496. Insistiamo, adesso sulla rinunzia. Essa ingombra tutta la materia degli articoli seguenti, destinati ad organizzare il privilegio conferito alla sposa dal nostro articolo.

E primieramente, ogni moglie che non ha fatto atti di moglie in comunione è ammessa a rinunziare; ella ha qualità per ripudiare una comunione che giudica contraria ai suoi interessi. Per perdere questo dritto, è d' uopo che la sposa si sia immischiata nella comunione, o ne abbia distornati o nascosti alcuni effetti. Noi ritorneremo qua sopra nel comento agli articoli 1454, 1460 (1419 1425).

Il dritto di rinunziare è ancora così generale, così assoluto, così eminente per ogni moglie che non si è immischiata, che le è proibito di rinunziarvi anticipatamente, come noi or ora lo vedremo.

1497. Non è solamente la moglie che ha il dritto di rinunziare alla comunione, sono ancora i di lei eredi universali, o a titolo universale. Tale era ancora il dritto comune proclamato dall' art. 201 della consuetudine d'Orléans, che si considerava come supplimento all'art. 237 della consuetudine di Parigi. Se la moglie veniva a premorire, si autorizzavano gli eredi a rinunziare, *rebus integris*. È vero che alcune consuetudini facevano una distinzione, e non ammettevano gli eredi a rinunziare che sintanto che questa facoltà era stata loro riservata; ma il Codice civile ha trovata poca equità in questo modo di trattare gli eredi. Questi eredi il più delle volte sono i figli, e sarebbe bizzarro di ricusar loro un dritto, il quale è stato introdotto principalmente per conservare i beni delle moglie nelle famiglie.

1498. Gli aventi causa della moglie possono ancora secondo il nostro articolo rinunziare. La consuetudine di Orléans non ne parlava. Il nostro articolo ha voluto essere più completo, ed ha fatto nascere alcune oscurità. Assai delle volte a forza di esser breve si diviene oscuro: *brevis esse laboro obscurus fio*. Vi si diviene ancora dicendo più di quanto abbisogna.

Che cosa dunque intende qui il nostro articolo per gli aventi causa della moglie?

È primieramente un cessionario a cui la moglie avesse trasmesso i suoi dritti eventuali alla comunione, e che in conseguenza sarebbe il suo avente causa, avrebbe il dritto di rinunziare per lei alla comunione? È difficile il crederlo. La moglie vendendo i suoi dritti sopra la comunione fa un atto di moglie in comune; non si può difatti, cedere se non quello che si ha, e la moglie che dispone de' suoi dritti alla comunione dichiara con ciò che ella ha acquistato tali dritti, che li considera come suoi, vuol dire come accettato da essa. Il di lei cessionario adunque è legato alla comunione dallo stesso titolo in forza di cui eccepisce l'azione per ripudiare. Bisogna dunque risecare interamente i cessionari dalla classe degli aventi causa ammessi a rinunziare.

1499. Ma che diremo dei di lei creditori? Possono rinunziare in di lei vece e luogo? Noi vedremo nell'art. 1464 (T.) una situazione inversa a questa, cioè, che i creditori possono fare annullare la rinunzia della moglie ed accettare in di lei vece. Se possono accettare per lei ed a malgrado di lei, hanno eglino il dritto di rinunciare?

Si devono prevedere molte ipotesi per arrivare ad un esatto scioglimento della quistione.

La moglie ha accettato ed i creditori avrebbero voluto che avesse rinunziato;

La moglie si astiene;
La moglie è morta prima di essersi pronunciata:

1500. Nel primo caso, i creditori non hanno mezzo per fare ritrattare un' accettazione che rientra nel dritto comune, e per forzare la moglie ad un atto tanto esorbitante quale è il ripudio della comunione: ciò è quanto spiegheremo nel nostro comento all'art. 1455 (1420). I creditori non possono dunque ripudiare per la moglie che accetta. Ogni rinuncia è irreconciliabile con un atto di accettazione; sarebbe piombare nel caos lo ammettere che gli aventi causa della moglie possano rinunziare, nel mentre che costei accetta.

I creditori non potrebbero dare un colore alla loro azione se non dicendo che l' accettazione della moglie è stata fatta in frode de' loro dritti, e che l' attaccano in virtù dell' azione Pauliana. Ma è ben difficile il segnare all' angolo della frode una volontà conforme al dritto comune in materia di società, e nella quale è tanto facile di vedere il rispetto della moglie per la memoria del marito. La rinunzia non si presume; essa è esorbitante; rovescia tutte le regole ammesse nelle società ordinarie. Quale apparenza che la moglie, preferendo l' accettazione al disordine portato nel di lei stato di moglie in comune, che è lo stato normale, potesse essere tassata di frode verso i suoi creditori?

1501. Se la moglie si è astenuta, essendo integre le cose, i creditori potranno rinunziare per la di lei parte ed esercitando i di lei dritti. Il nostro articolo è troppo positivo perchè si possa loro denegare tale facoltà. Vansmeole si direbbe che la rinuncia ha qualche cosa di disonorevole per la memoria del marito; che è di mestieri rispettare la risoluzione di una moglie che non vuole arrecare ingiuria alla condotta di colui che ha amato; che agisce mossa da un sentimento pietoso del quale bisogna saperlene grado, lungi dal paralizzarne gli effetti: tutto ciò senza dubbio non è senza colore; ma vi ha qualche cosa che domina il tutto: ed è che la moglie non deve mostrarsi generosa alle spese de' suoi creditori.

1502. Vale lo stesso con più salda ragione se la moglie è morta senza aver fatto atto di accettazione o di rinunzia.

1503. In quanto al marito erede di sua moglie, e per conseguenza di lei avente causa, la sua qualità di marito non gli permette di profittare del dritto di rinunziare. La ragione ne è semplice: se la comunione è cattiva, di chi ne è colpa, se non sua, che l' ha mal governata? Poco importa se nella specie unisca alla qualità di marito la qualità più favorevole di erede della moglie. Il suo proprio fatto è sempre là che milita contra di lui e lo rende irrecettibile. Ei non può scindersi in due e divenire estraneo alla comunione per la parte della moglie, mentre, che, come marito egli è la comunione istessa.

1504. Siccome il dritto di rinunciare è stato introdotto in van-

taggio della moglie, ed in conseguenza della gran regola. *Interest reipublicae mulierum dotes salvas esse*, ne siegue che questo dritto è di ordine pubblico, e la moglie non può interdirselo anche col contratto di matrimonio. Sarebbe un attentato alla di lei libertà. La esperienza, sempre costosa ad acquistare quando si tratta d'interessi così gravi, ne ha fatto comprendere la utilità al legislatore. Non può il capriccio dell'individuo privarsene per mezzo di atti imprudenti.

La consuetudine di Orléans autorizzava intanto la rinuzia a questa facoltà per mezzo del contratto di matrimonio, e Lalande approvava tale disposizione. Ma fa d'uopo dire con Pothier che era il frutto dell'irreflessione.

1505. Poichè la moglie non può privarsi del dritto di rinunziare, con nessun atto fatto in costanza di matrimonio, ne siegue che i coniugi non possono dividere la comunione prima dello scioglimento. Oltre che ciò sarebbe un attentare all'autorità maritale, ed autorizzare una separazione volontaria di beni, sarebbe ancora un privare la moglie del dritto di rinunziare che le riserba l'art. 1453 (1418) del Codice civile.

Frattanto possono i coniugi fare una divisione provvisoria della comunione tra i di loro figli? L'art. 1075 (1031) del Codice civile li autorizza? È stato giudicato che simili divisioni sono nell'interesse della famiglia e dello stabilimento de' figli, e che esse non contengono nulla di contrario alle leggi ed all'ordine pubblico, molto più che non producono effetti definitivi se non allo acioglimento della comunione. Noi pienamente adottiamo tal sentimento. Ma se si vorrebbero fare derivare da tali divisioni definitive sia rapporto al coniuge sopravvivente, sia rapporto agli eredi del coniuge predefunto, una tale pretensione non sarebbe ammessibile. Si può ricorrere a ciò che abbiam detto qui sopra nell'occasione di un affare portato sul nostro rapporto alla camera de' ricorsi della Corte di cassazione.

1506. Secondo il testo del nostro articolo, non è se non dopo lo scioglimento della comunione che comincia per la moglie la facoltà di rinunziare. Rinunziare alla comunione durante il matrimonio sarebbe una cosa tanto illegale quanto il rinunziare ad una successione non aperta. Il dritto della moglie non è durante il matrimonio che un dritto abituale; non si converte in atto che allo scioglimento. Una rinunzia anticipata sarebbe un attentato al contratto di matrimonio, una derogazione alla comunione legale, o alla comunione stipolata.

Ma nulla impedisce alla moglie di rinunziare alla comunione, col di lei contratto di matrimonio, mediante un prezzo determinato. Tale convenzione è autorizzata dall'art. 1522 (T.) del Codice civile, e si chiama appalto della comunione. Essa racchiude una vendita de' dritti che la moglie avrà nella comunione. Noi ce ne occuperemo più sotto.

1507. Sarebbe una rinunzia intempestiva quella che farebbe la moglie durante l'istanza per la separazione de' beni, ma prima della sentenza dello scioglimento? Noi lo pensiamo, e la ragione se ne offre sul momento allo spirito: ed è che la sentenza di separazione di beni ha un effetto retroattivo, in modo che la comunione si reputa disciolta dal dì della dimanda, anzi che dal giorno della sentenza. E questa è la ragione perchè accade frequentemente in pratica che la dimanda per separazione è accompagnata da una rinunzia alla comunione.

1508. Quando la moglie ha lasciato scorrere trenta anni senza accettare nè ripudiare, s'incontra una situazione che richiama quella dell'art. 789 (706), e che offre singolarità assai rimarchevoli. Da una parte si presume che la moglie abbia accettato, sino a che non ha rinunziato: perchè la rinunzia non si suppone; e si suppone altrettanto di meno qui, per quanto si tratta di una moglie in comunione in nome, e che è stata socia in fatto sino alla morte del marito. Se dunque la moglie lascia scorrere trenta anni senza far cessare cotale presunzione, è riputata, almeno, rapporto a' terzi che hanno interesse alla di lei accettazione aver preferito irrevocabilmente l'accettazione. Ciò mi sembra risultare da quanto è scritto in tutti i libri di dritto antico e nuovo che hanno trattato di questa materia.

Così, i creditori il di cui dritto non è estinto potranno chiamare in giudizio la moglie come comune, ed ella non potrà opporre loro che rinunzia. Ha perduto col di lei silenzio per lo spazio di trent' anni il dritto di rinunziare.

Ma da un altro lato, se dopo i trent' anni la moglie volesse volgersi dalla parte degli eredi del marito per prender parte ad alcuni beni della comunione, costoro non potrebbero obiettarle che restando nel silenzio durante trent' anni ha lasciato perire il dritto di accettare? L'art. 789 (706) del Codice civile sembra autorizzare tale pretensione degli eredi; ed in fondo è giustissima: perchè l'azione per divisione si prescrive in trent' anni, e la moglie non avendo chiesta la divisione per lo spazio di trent'anni a contare dallo scioglimento della comunione, sarà trattenuta da una insormontabile obiezione rapporto agli eredi del marito. Ciò non vuol dire che in sottilità di dritto, la moglie non sarà in comunione; ma la prescrizione le impedirà di far valere i suoi dritti sopra la comunione.

1509. La moglie che ottiene la separazione de' beni, non si reputa comune; si presume al contrario che avesse rinunziato quando, nei tre mesi e quaranta giorni dopo la separazione definitivamente pronunziata, non ha accettata la comunione. Questo è quanto vedremo più a lungo per mezzo dell'art. 1463 (T.).

ARTICOLO 1454. (1419).

La moglie che ha preso ingerenza ne' beni della comunione non può rinunziarvi.

Gli atti semplicemente amministrativi o conservatori non inducono che abbia avuto ingerenza.

ARTICOLO 1455 (1420).

La moglie di età maggiore che in un atto ha assunto la qualità dichiarativa della di lei comunione, non può più rinunziarvi, nè essere restituita in intero contro questa qualità, non ostante che essa l'abbia assunta prima di farsi l'inventario; se pure non vi è stato dolo per parte degli eredi del marito.

COMMENTARIO

1510. Affinchè la sposa sia nelle condizioni le quali permettono la rinunzia, fa d'uopo che non abbia preso ingerenza nella comunione. Ogni atto di tal natura è un atto necessario di accettazione; ogni atto di accettazione esclude la probabilità di rinunziare. Il principio è lo stesso in materia di successione; vi si tiene questa massima: *Semel haeres , semper haeres.* Come che la qualità di erede una volta accettata è incancellabile, nell'istesso modo la qualità di moglie in comunione, una volta presa dalla sposa non può abbandonarla. Ove si anderebbe se il cambiamento fosse permesso all'evento del capriccio della moglie ? « *Nemo mutare potest con » silium in alterius iniuriam* ». È tanto più logico il tener mano a questa regola, quando l'accettazione della comunione non è se non una conseguenza naturale del matrimonio, della vita comune e della qualità che ha avuta la moglie sino alla morte del marito. Qual cosa di più naturale quanto l'interpetrare i di lei atti di gestione nel senso di una continuazione e di una conferma di tal qualità? Si sa che la comunione si accetta tacitamente , del pari che come una dichiarazione solenne di volontà. Si peseranno dunque le parole e gli atti della moglie, per sapere, ciò che ella ha detto o fatto per quel che concerne la comunione; s'interpetreranno senza sottigliezze, senza rigore; si prenderanno nel loro senso naturale, riattaccandosi a questa regola che è la chiave del nostro articolo: cioè, che gli atti d' amministrazione o di conservazione non sono atti i quali suppongono necessariamente l' ingerenza, e che la qualità di comune deve risultare da atti più significanti e più decisivi. Ma quando s'incontreranno, non si esiterà a respingere

la moglie che, trastullandosi delle sue risoluzioni, pretendesse poscia rinunziare. « *Variare non licet, in iis in quibus ius est iam » quaesitum alteri* ».

1511. Scegliamo alcuni esempi per dirigere gli spiriti nell'applicazione di questa regola.

Una moglie prende in un atto la qualità di comune: questa è una accettazione formale, *verbis*. Quando anche la vedova avesse preso tale qualità prima di fare lo inventario, non sarebbe più ammessa pentirsene in seguito ed a farsi restituire in intero. Maggiore e padrona dei suoi dritti essa si è chiamata parziaria nella comunione: è probabilmente che sapeva a che attenersi sopra le forze di tale comunione: un inventario non è necessario per chi non giudica espediente di ricorrervi. D'altronde si sono viste parecchie mogli accettare una comunione che sapevano cattiva, e ciò per onorare la memoria del marito loro, dar faccia ai debiti che ha lasciati, e non far cadere nell'ignominia un nome portato da loro.

1512. Una moglie vende i dritti che ha nella comunione: questa è una accettazione *re et facto*, non si vende se non ciò che si ha. La moglie si dichiara dunque comune, con una cessione, della sua parte nella comunione.

1513. Una moglie aliena immobili dipendenti dalla comunione; questa è una accettazione tacita, perchè s'ella non fosse stata comune non avrebbe potuto alienare; avrebbe venduta la cosa altrui. È dunque il caso di dire con d'Argeotre: « *Tacita, cum aliquis » actus geritur qui citra ius communionis fieri nequeat, ita » ut necessario inferat immixtionem, veluti in haeredibus* ».

1514. Per l'istessa ragione, dimandare la divisione della comunione, vale come lo accettarla tacitamente. Non si ha dritto alla divisiona se non vi si è parziario; dimandarla è lo stesso che riconoscere che vi si ha una parte de torre.

1515. Ma ecco ciò, che è più degno di osservazione. Una moglie rinunzia sia gratuitamente, sia per una somma di denaro, in favore di uno o di parecchi eredi dal marito designati. La parola *rinunzia*, impiegata in questo luogo non deve ingannar nessuno; la moglie accetta rinunciando in tal maniera: ella cede i suoi dritti a persone che non avrebbero potuto senza di ciò essere chiamate a goderne esclusivamente.

1516. Non applichiamo intanto questa decisione al caso in cui la moglie limitata si fosse, a rinunziare generalmente e gratuitamente io pro degli eredi del marito. Queste ultime espressioni sono inutili; esse non conferiscono agli eredi del marito nessun dritto, all'infuori del loro dritto naturale di profittare *iure non decrescendi*. della porzione della moglie.

1517. Ma *quid iuris* se, rinunziando io pro degli eredi del marito io generale, la moglie ricevesse da loro una somma di denaro per prezzo della sua rinunzia? Pothier pensa che tale quistione è

decisa dalla legge 24, al D., *de acq. haered.*: « *Qui praetium omittendae aereditatis causa capit non videtur haeres esse.* » Ei stima in conseguenza che la moglie non fa atto di comunione; ma tale opinione è condannata dall'art. 780 (697) del Codice civile che deve essere eseguito come ragione scritta.

1518. In pagamento dei debiti della comunione fatto dalla mogli è anche un atto di accettazione; perchè essa non è tenuta ai debiti se non quando l'accetta, e non li paga se non perchè li considera come suoi.

Ei potrebbe pur tuttavia essere altrimenti, se la moglie non pagasse i debiti in tutt'altra qualità che di quella di socia: se per esempio pagasse come mandataria, o perchè fosse obbligata sotto il di lèi proprio nome, oppure per prestare un servizio alla comunione e prevenire con un atto officioso dei sequestri o almeno delle spiacevoli discussioni. I tribunali avranno riguardo alla intenzione ed alle circostanze.

1519. Quando la moglie riceve il pagamento dei crediti della comunione, fa atto di comune, a meno che qualche circostanza non spieghi quest'atto in un altro senso. È possibile, di fatti, che la somma sia stata tocca da lei a titolo di mandataria, di *negotiorum gestor*, di depositaria, di amministratrice, etc. le circostanze decidono del senso di simili atti; appartiene al giudice il ponderarle.

1520. Onde prevenirvi i dubbi che tali equivoci possono far nascere, la moglie agirà prudentemente facendo una protesta che dichiara le di lei intenzioni. In simil caso la protestazione ha un valore di cui mal non si potrebbe conoscere l'importanza.

1521. Ma quando l'atto non è di quelli che hanno un doppio senso, e che porta con se un'accettazione di fatto, tutte le proteste della moglie sono inutili per correggerne gli effetti: *Protestatio actui contraria tollit protestationis effectum*; perchè i fatti sono più potenti delle parole: *Facta sunt potentiora verbis, multoque amplius est facere quam pronunziare.*

1522. Ora che noi abbiamo insistito sopra gli atti di natura da compromettere la moglie arrestiamoci a quelli che non derivano, se non da una volontà di conservazione o da intervenzione amministrativa, o, in una parola, da una qualità che non è la qualità di socia.

1523. E primieramente, la moglie può essere tutrice dei suoi figli minori. Se si è ingerita a cagione di quest'officio, non è giusto di riguardarla come in comunione e di interdirle la rinunzia. Colui che ha cominciato ad ingerirsi con una qualità non è riputato aver cambiato il suo godimento, ei continua il suo possesso nella medesima qualità. Così ha giudicato un arresto del 16 febbraro 1679.

1524. Ciò non è il tutto: la moglie, sorpresa nella casa coniugale dalla morte del marito, non è una estranea che debba sortire

senza ingerirsi in nissun cosa. Primieramente ha il dritto di restarvi per vegliare sopra le sue sicurtà: di più, trovandosi presente sui luoghi è interesse della comunione che prenda le misure di urgenza, le misure di conservazione che son utili a tutti e si spiegano con l'interesse comune, e non con la volontà di accettare la comunione. Custode necessaria e di dritto, essa può ordinare le riparazioni urgenti alle fabbriche ed alle terre, vendere le cose facili a perire, per fine alle cose incominciate e che non possono ricevere interruzione. Si può dire ancora che sarebbe riprensibile se lasciasse la comunione in un assoluto abbandono.

Così una moglie di un mercante a minuto, può continuare le vendite quotidiane, senza perciò essere accagionata di accettazione della comunione. Ella non agisce così che per conservare le pratiche della casa; essa fa un atto conservatorio, e non d'ingerenza.

1525. Allorchè dopo la morte del marito consuma le provvisioni che si trovano in casa, nemmeno si reputa che si sia ingerita. In verità le provvisioni appartengono alla comunione; ma, dalla morte del marito sino alla redazione dell'inventario, la sposa ha il diritto di vivere a spese della comunione. Questo è quanto attesta un atto di notorietà del tribunale del Castelletto di Parigi del 21 luglio 1688: « È di uso costante e certo che è lecito ad una vedova, dopo la morte del marito, di dimorare con la famiglia nella casa ove è morto, e di vivervi senza che per tale residenza si possa imputarle avere fatto atto di comunione ». Questo è il caso di dire con l'imperatore Antonino, ch'ella è colà « *ut inquilinam vel custodem.* » L'art. 1465 (T.) ha consacrato tale giurisprudenza. Noi vi ritorneremo.

1526. In quanto agli atti che la moglie fa *intuitu pietatis*, è evidente che sono estranei alla volontà d'ingerirsi nella comunione: « *Si quid pietatis causa fecit... apparet non videri pro haered gessisse* ».

Così, i funerali, le querele dirette contra gli omicida del marito o contro coloro che denigrano la di lui memoria e la di lui riputazione, tutto ciò non dev'essere interpetrato per atto d'ingerenza.

Ci ha di più (e questo dà l'ultima pennellata di evidenza alla nostra proposizione): supponghiamo che il marito sia morto assassinato; la vedova non fa atto di moglie in comune, prendendo parte alle riparazioni civili che si aggiudicano per tale misfatto. Queste riparazioni sono accordate al dolore della sposa, e non alla di lei qualità di comune. Vi ha dritto, anche allora che ha rinunziato. « *Quin* diceva Dumoulin, *etiam si non esset socia bonorum, tamen hoc habet* ». Cade qui in acconcio di richiamare le espressioni della legge romana: « *Haec animactio poenam et vindictam potius quam rei persecutionem continet* ». Loisel di ciò ha fatto una delle sue regole: « La vedova prende parte alla ri-

« parazione civile aggiudicata per la morte del marito, quantun-
« que rinunzii alla comunione. »

1527. Eccone abbastanza in quanto all'articolo 1454 (1419).

Terminiamo con alcune osservazioni relative alla irrevocabilità dell'accettazione. Noi abbiamo detto incominciando che la moglie che ha accettato è legata irrevocabilmente; e che non potrebbe farsi restituire in intero contro la sua accettazione.

L'art. 1455 (1420) non ammette che una eccezione a questa regola: ed è il caso in cui gli eredi del marito hanno impiegato la frode per sorprendere la buona fede della sposa ed indurla ad accettare. La frode in ogni materia è un motivo di restituzione: i creditore non possono dolersi di tale restituzione. Viziata la volontà della moglie, era nulla nella sua essenza.

1528. Ma se la vedova che ha accettato è minore, potrà astrazione fatta del dolo degli eredi, farsi restituire contro un'accettazione pregiudizievole.

Tuttavia quanto abbiam detto deve estendersi al caso in cui l'accettazione risulta da una sottrazione? La moglie minore colpevole di sottrazione può farsi restituire in intero contro l'accettazione che n'è sovente la conseguenza disastrosa? Noi esamineremo questa difficoltà nel nostro comento all'art. 1460 (1425).

1529. Essendo definitive, rapporto alla moglie maggiore, l'accettazione e l'ingerenza hanno esse lo stesso carattere rapporto ai creditori di questa? In altri termini i creditori della moglie hanno azione per dolersi di una accettazione, la quale, facendo ricadere sulla loro debitrice pesi considerevoli, arreca loro un pregiudizio per contraccolpo? Pothier crede che, se tale accettazione porta il carattere di froda verso di loro, essi possono farla revocare. Ei suppone come esempio che la moglie ha accettato per discaricare gli eredi del marito della prelevazione delle cose portate in dote stipulata col contratto di matrimonio, in caso di rinunzia alla comunione, e decide che in simil caso i creditori possono far dichiarare tale accettazione nulla e fraudolenta ed esercitare la prelevazione dei beni portati della sposa, loro debitrice.

Tale opinione di Pothier non mi pare sicura. La moglie, accettando la comunione, non fa se non restare nella situazione in cui è di moglie in comune: dessa era socia e rimane socia; il di lei dritto che non era solamente che abituale, diviene attuale. E d'altronde altrettando più difficile il criticare la risoluzione tolta dalla moglie di rimanere in comune quanto vi ha nella di lei volontà un sentimento morale, che merita una grande considerazione ed un grande interesse. Mantenere il titolo di socia che ha, è lo stesso che essere fedele alla memoria del marito, ad un conformarsi al dritto comune. La rinunzia non si suppone; è un disordine nel corso naturale delle cose, ed è difficile di trovare a riprendere in una tale situazione.

Malgrado queste ragioni Rodière e Pont hanno provato di ri-

produrre, sotto il Codice civile, l'opinione di Pothier. Ma i testi mancano per adattarvela. L'art. 1464. (T.) parla bene del dritto dei creditori di attaccare la rinunzia (e si comprende tal disposizione); ma si tace sopra il dritto di questi creditori di attaccare l'accettazione. La rinunzia è un atto esorbitante. L'accettazione è un atto naturale. La rinunzia altera le posizioni normali; l'accettazione le mantiene. La rinunzia trasforma in estranea la moglie che sino a quel punto è stata comune; l'accettazione la lascia nella sua situazione, nel suo stato, nel nome che ha. Io non vedo come sia possibile ai creditori il metter mano sù tal qualità.

ARTICOLO 1456 (1421)

La moglie superstite che vuole conservare la facoltà di rinunziare alla comunione, dee entro tre mesi successivi dalla morte del marito far procedere ad un fedele ed esatto inventario di tutti i beni della comunione, intesi o citati leggittimamente gli eredi del marito. Ella dee nel chiudersi l'inventario dichiarare che sia sincero e veridico, innanzi all'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto.

ARTICOLO 1457 (1422 M).

Nei tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito, ella dee far la rinunzia nella cancelleria del tribunale di prima istanza del circondario, dove il marito aveva il domicilio. Questo atto deve iscriversi nel registro destinato a ricevere le rinunzie della eredità.

COMMENTARIO

1530. Abbiamo veduto di sopra che, nella più alta antichità del dritto di rinunziare, la vedova doveva manifestare pubblicamente la sua volontà di non volere essere comune il giorno stesso del mortorio e sulla tomba del marito. Questa solennità aveva un grande carattere di autenticità: gli eredi ordinariamente erano presenti. Era in faccia a loro ed al pubblico che la moglie veniva a dichiarare la sua rinunzia: gl'interessi potevano prendere sull'istante tutte le misure necessarie per proteggere i di loro dritti contra le diversioni, la sottrazioni, le dilapidazioni, che fosse stato permesso di temere, se la moglie, incerta della sua volontà e guadagnando tempo per maturarla, fosse rimasa alla testa della comunione.

1531. Allorquando costumi meno austeri ebbero dispensato la

moglie dal penoso dovere di strasciuarsi sopra la fossa di suo marito, permettendole di nascondere nel ritiro il di lei legittimo dolore, le consuetudini variano sul tempo da accordarle per fare la rinunzia. Questo tempo ha (si vede) una grande importanza. La moglie dimora nel domicilio coniugale; ella ha sotto la mano gli effetti i più preziosi della comunione. Sarebbe imprudente lasciarli indefinitivamente in di lei balia senza controllo o senza precauzione. Alcune consuetudini non accordavano alla vedova che ventiquattrore per fissare le sue incertezze e quelle dei terzi; altre otto giorni, o venti giorni, altre trenta giorni, quaranta giorni, tre mesi.

Coquille, reassumendo questi usi, osserva che *vi ha più di ragione nelle consuetudini che accordano tempo corto, affinchè i creditori del marito abbiano mezzo di essere operosi perchè nulla sia trasportato o distratto.* Interprete di una consuetudine che esigeva una risoluzione tra ventiquattro ore, ed identificandosi con lo spirito di tale statuto, ei vuole che la moglie faccia « incontinente suggellare i bauli e le fermature, e le chiavi date ad un « ufficiale di giustizia; perchè, soggiunge egli, *le donne sono di « natura avare* ».

È da osservare, che tra le consuetudini le quali assegnavano un breve termine alla moglie per rinunziare, le une le prescrivevano di fare l' inventario, altre non esigevano tale precauzione. La consuetudine del Nivernese voleva un inventario; ma non le esigeva se non dopo la rinuncia fatta, e per prevenire le sottrazioni di una moglie che avrebbe incominciato col rinunziare.

1532. Altre consuetudini non determinarono nessun tempo per rinunziare. Tali erano le consuetudini di Parigi e di Orleans. Sin che la moglie non aveva preso ingerenza, sin che si era astenuta lasciando le cose integre, le era permesso di rinunziare, ma la di lei rinunzia, doveva essere appoggiata ad un buono e legale inventario, fatto in presenza degli eredi del marito, o dopo legittimamente averli chiamati. Loisel diceva che l' inventario doveva farsi fra quaranta giorni dalla morte, e la rinunzia nei quaranta giorni dell' inventario; ma è certo al contrario, che non vi era alcun termine fatale, nè per l' inventario nè per la rinunzia. Non accadevano se non quando la vedova era sfidata in giudizio dai creditori della comunione ch' ella doveva spiegarsi sulla sua qualità, e scegliere tra l' accettazione o la rinunzia.

1533. L'ordinanza del 1667, t. 7. art. 5, regolò i termini che le mogli dovevano avere per prendere qualità sulla comunione: tre mesi per fare l'inventario contando dalla morte del marito, e quaranta giorni in seguito per deliberare. Aveva voluto stabilire l'unità in luogo della varietà delle consuetudini, ed abrogare quelle che forzavano la moglie a pronunciarsi in breve spazio di tempo. Nel sistema dell'ordinanza l'inventario è un mezzo dato alla moglie per istruirsi delle forze della comunione. I quaranta giorni che sie-

guono le sono accordati perchè possa riflettere sul partito che le convenga di prendere allorchè ha sotto gli occhi il quadro esatto dell'attivo e del passivo.

1534. Al primo colpo d'occhio, sembra che questa ordinanza modificando il dritto antico, avesse abolito la facoltà di fare l'inventario e di rinunciare in qualunque tempo che si fosse, e che ormai la moglie non fosse ammessa a rinunziare, se non quando un inventario buono e leale, fosse stato da lei fatto nei tre mesi dalla morte. Lebrun c' insegna che molti giuristi avevano tratto questa conseguenza dall'ordinanza del 1667 combinata con la legge *ult.*, C., *de iure delib.* Tuttavia una interpetrazione contraria era invalsa: si decideva che l' ordinanza non aveva applicazione che nel caso unico in cui la vedova era sfidata in giudizio dai creditori; ma allorquando non vi erano procedure il di lei dritto di fare inventario e di rinunziare in qualunque tempo che si fosse le restava integro, purchè non si fosse ingerita.

1535. Lebrun c'insegna un'altra cosa: ed è che nella giurisdizione della maggior parte delle consuetudini che accordavano alla moglie ventiquattr'ore, otto giorni, venti giorni, trenta giorni, quaranta giorni per rinunziare, si attenevano, non ostante l'ordinanza, all' osservanza di questi termini; di modo che la vedova che non rinunciava in questo tempo fatale era riputata in comune. In altri circondari frattanto, lo spirito della consuetudine aveva preso il posto dell'ordinanza. Non si osservava più il termine fatale; si sostituiva al dritto locale il dritto parigino, cioè che una vedova poteva rinunciare sino a che non fosse sfidata in giudizio. Lebrun si doleva di tale alterazione della saggezza consuetudinaria; sosteneva che l'ordinanza non era stata fatta che per regolare la procedura dei creditori nelle consuetudini mute su i termini, ma che era inapplicabile alle consuetudini che avevano prevenuto l' ordinanza, e fissato un termine certo, scorso il quale la moglie era in comune.

1536. Checchè ne sia del tempo dell'inventario, vi era un punto certo: cioè che nel sistema della consuetudine di Parigi, ed altre analoghe, non vi era rinunzia valida senza inventario.

L'inventario era una misura imposta alla moglie, perchè conservasse la facoltà di rinunziare alla comunione senza pericolo per i terzi. Impadronita di tutto l' attivo per effetto della morte del marito, ella avrebbe potuto sottarlo o dilapidarlo, in pregiudizio dei creditori se un sincero e veridico inventario non comprovasse le forze della disciolta comunione. Di là la conseguenza che la moglie la quale rinunziava senza inventario si rendeva sospetta di frode. E come la pena della moglie colpevole di frode e di sottrazione è l'accettazione, ne siegue che la rinunzia senza inventario era nulla, e che la moglie restava in comune a di lei malgrado. « Potendo la moglie sottrarre, dice Lebrun, la di lei ri-

» nunzia è sospetta di frode, se non è preceduta da inven-
» tario »

Che cos'era tuttavia, se non un inventario che non era sottoposto ad alcun termine, nè per il suo principio, nè per la sua conchiusione? Non vi era pericolo per i terzi, incertezza sulle posizioni, e materia a litigi, nella giurisprudenza che aveva interpetrato come venghino di vederlo l'ordinanza del 1667? Si rimediava a questo inconveniente esigendo che l'inventario presentasse un carattere contraddittorio. Ed ecco la ragione perchè la moglie doveva chiamare a questo inventario gli eredi del marito. Si opinava che non vi era inventario valido senza un contraddittore legittimo.

1537. Il sistema del Codice civile non è simile a quelli che venghiamo di esporre. Non è stato formato sull'interpetrazione data dalla giurisprudenza all'ordinanza del 1667. Non lascia alla moglie un termine indefinito per rinunciare. Ecco l'insieme delle sue combinazioni.

Quando la moglie è incerta delle forze della comunione, il nostro articolo le accorda tre mesi per fare l'inventario contraddittorio, e quaranta giorni in seguito per deliberare e per rinunziare. Le consuetudini che volevano che la moglie prendesse la sua risoluzione nelle ventiquattr'ore, negli otto giorni, nei quindici giorni, in una parola in un termine vicino, avevano provveduto piuttosto agl'interessi de'creditori che agl'interessi della moglie. Una moglie può ignorare gli affari del marito; è possibile ch'ella creda la comunione buona quando è cattiva, o cattiva quando è buona, perchè ci ha della gente che alla di loro morte vengono supposti o più ricchi;o più poveri.Un termine ragionevole è dunque necessario perchè la moglie si abbandoni alle sue investigazioni, e prenda il suo partito.Tre mesi e quaranta giorni sono un termine sufficiente.Ma, che la moglie sia sfidata in giudizio o che non lo sia, ella farà una rinunzia tardiva ed inutile se lo lascia scorrere senza inventario. L'art. 1456 (1421) è assoluto: nè si presta alle antiche distinzioni sul caso di citazioni ed il caso in cui la moglie non è sfidata in giudizio. Non le si conserva se non con l'inventario la facoltà di rinunziare.

Ma è possibile che la moglie non abbia bisogno di riflessione: conoscendo la cattiva situazione del marito, essa non ha nè ricerche da fare nè deliberazioni da prendere. In questo caso può rinunziare sull'istante ed allora non è obbligata a far l'inventario. Una moglie che rinunzia fra i tre mesi dalla morte del marito non è obbligata a presentare un inventario. Questa formalità non si esige che dalla moglie, che rinunzia dopo i tre mesi, dalla moglie che vuol profittare dei quaranta giorni accordati dall'art. 1457 (1422 M.). Si può giustificare tale distinzione ricordando quella di Giustiniano circa il beneficio dell'inventario:

« Si non titubante animo, respuendam vel abstinendam esse

crediderit haereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium... renuntient: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu expectando ».

« Sin autem dubius est, utromne admittendo sit necne defunti haereditas...omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur ».

In una parola l'inventario non è necessario se per la moglie che vuol conservare al di là dei tre mesi la facoltà di rinunziare della quale non ha usato; ma non è necessario alla moglie che rinunzia nei tre mesi che ha usato del suo dritto, che l'ha esaurito prima dello spirare di questo termine fatale. Non si siegue qui la regola dell'antica giurisprudenza, secondo la quale ogni rinunzia senza inventario era sospetta. Tale è l'interpetrazione dominante dell'art. 1456 (1421).

1538. Ma non vi sono gravi obiezioni da opporre?

Primieramente è principio che ogni scioglimento di comunione dà luogo all'inventario. La moglie sopravvivente ha in potere i valori della comunione; bisogna ch'ella giustifichi lo stato delle cose presso gli eredi del marito e che mostri con l'inventario che ha prevenuto la confusione; senza di che si potrebbe temere che nel corso de' mesi che le sono accordati nel sistema or ora esposto che non faccia delle sottrazioni. È imprudente di lasciarla padrone del valsente della comunione per un tempo sì lungo. Sarebbe lo stesso che mettere la comunione alla discrezione di lei. L'inventario è un preservativo di cui si sono sentiti in ogni tempo i vantaggi, e non si concepisce come l'art. 1456 (1421) avesse abbandonato, sotto questo rapporto, il pensiero dell'antica giurisprudenza, mentrecchè l'art. 1442 (1406) ha mostrato tanto disfavore per la sposa che si dispensa dell'inventario. Non sembra che anche nella ipotesi dell'art. 1442 (1406), la mancanza d'inventario nei tre mesi rende il coniuge superstite soggetto ad una pena severa verso i suoi figli minori, come nella ipotesi dell'art. 1456 (1421), la mancanza d'inventario rende la moglie sospetta e l'obbliga a restare in comunione?

D'altronde il testo dell'art. 1456 (1421) si presta alla interpetrazione che suggerisce tali osservazioni? Non si deve fare altro che leggerlo per vedere che ei vi resista più di quello che non vi si accomoda. Difatti, l'obbligo di far l'inventario ne' tre mesi è imposto alla moglie senza alcuna distinzione; ogni moglie che vuole *conservare la facoltà* di rinunziare deve fare l'inventario, dunque non fare l'inventario è lo stesso che perdere il dritto di rinunziare, dunque ogni rinunzia che non è appoggiata ad un inventario fatto nei tre mesi dalla morte è di nessun valore. L'art. 1456 (1421) non dice che è per conservare il dritto di rinunziare dopo tre mesi che è stata prescritta la formalità dell'inventario; una tale limitazione non è meno nelle parole dell'art. 1456 (1421) di quello che lo sia nello spirito. L'art. 1456 (1421) è assoluto; egli è fatto per ogni moglie che vuole conservare il dritto di ri-

nunziare aperto con la morte del marito. Per verità, in questo sistema potrà accadere che l'inventario segnisse la rinunzia. Ma che importa? Nel caso di accettazione di una successione col beneficio dell'inventario, l'inventario non può seguire come può precedere la dichiarazione dell'erede? L'inventario è un mezzo di liberarsi.

Ora non serve nulla l'invocare l'analogia del testo di Giustiniano che noi citavamo non è che un'istante. Senza dubbio l'erede può rinunziare senza inventario, ei può rinunziare ancora essendo integre le cose, dopo i tre mesi, e quaranta giorni. Si crede forse potersi dire altrettanto della moglie? In nessun modo. Se si vuole essere veridico, si paragonerà la moglie che vuole rinunziare, non all'erede che rinanzia, ma all'erede che accetta col beneficio dell'inventario. La ragione di questa differenza tra la moglie e l'erede che rinunzia si è che la moglie è in possesso, mentre che l'erede non è necessariamente in possesso, e che se fa atto di erede si interdice la rinunzia.

Queste obiezioni sono gravi; e frattanto non le crediamo vittoriose. Primieramente, si deve conoscere che la tendenza della giurisprudenza è di condannarle. Gli arresti decidono che la vedova non è obbligata di fare l'inventario alla morte del marito, se non per conservare la facoltà di rinunziare ulteriormente alla comunione, se lo giudica convenevole; ma che questa formalità è superflua, allorquando la moglie sopravvivente fa la sua rinunzia prima dei tre mesi, fine del termine accordato per fare l'inventario; che sarebbe dunque senza fondamento, se i creditori del marito domandassero la nullità della rinunzia, sotto pretesto che non sarebbe stata preceduta dall'inventario.

E dopo mature riflessioni, si deve considerare queste opinione come la migliore. Studiamo bene il testo dell'articolo 1456 (1421). La moglie che *vuole conservare la facoltà di rinunziare*, ei dice. Dunque non si applica ad una moglie la quale non ha ancora usato di tale facoltà di rinunziare, che la tiene io riserva e che non vuole perderla. Ma quando la moglie ha manifestato la sua intenzione, quando ha rinunziato, ha ella qualche cosa da conservare sotto questo rapporto? Non ha ella esaurito il suo dritto. Questo argomento del testo mi pare decisivo.

È vero che abbiamo detto qui sopra che ogni scioglimento di comunione deve regolarmente dar luogo all'inventario, e che il sopravvivente che non fa l'inventario nei tre mesi è sospetto. Ma nei differenti casi in cui l'inventario è prescritto, l'omissione di tale formalità non agisce sempre nel medesimo modo; ora è la privazione di un vantaggio pecuniario, come allorquando il sopravvivente ha figli minori e che lascia scorrere i tre mesi senza fare l'inventario (art. 1442 (1406); ora è il pericolo di vedersi combattuto da una dimanda di comune opinione (art. 1442 (1406); ora in fine dalla perdita della facoltà di rinunziare allorquando la

moglie non ha conservato tale facoltà per mezzo di un inventario fatto nei tre mesi. Qui, la moglie che ha rinunziato nei tre mesi senza fare inventario non è soggetta a nessuna decadenza; ma gl' interessati possono ricorrere alla pruova appoggiata sulla comune opinione per comprovare che non ha lasciato intatte le forze della comunione (art. 1442 (1406): sarebbe questa la di lei pena. Si sa che questa specie di pruova non è senza pericoli; tanto peggio per la sposa che ha amato meglio di esporvisi anzi che fare l' inventario. Ma, nel fondo, la mancanza d' inventario non trascina contro di lei altra pena, o altro dispiacere.

1539. Abbiamo parlato di sopra di alcune formalità dell' inventario; noi rinviamo tutt' al più ; agli art. 942 (1018) e seguenti del Codice di procedura. Noi qui insisteremo sopra un punto grave: vale a dire che l' inventario non ha valore che sia che è stato fatto contraddittoriamente con gli eredi del marito o l' essere stati legittimamente chiamati.

In quanto ai creditori, non è necessario, in generale, di chiamarli. La vedova può non conoscerli : sono eglino che debbono vegliare su i propri dritti. Frattanto se hanno fatto opposizione alla rimozione dei sigilli, debbono essere chiamati.

1540. Fa d' uopo che l' inventario sia buono, leale, e sincero; che comprende esattamente tutti i beni della comunione; che nessuna simulazione non ne rischi la minima particella. *Buono e leale inventario*, *inventario fedele ed esatto* sono la espressioni che camminano sempre insieme, e sono divenute luoghi comuni del linguaggio a forza di essere inseparabili. È con la lealtà e sincerità dell' inventario che si trova adempito lo scopo cui si vuole pervenire.

La ragione è questa per cui il legislatore ha prescritto col paragrafo finale dell' art. 1456 (1421), una formalità che gli è parsa di natura tale, da mantenere all' inventario questo carattere di fedeltà e di lealtà. Prima della chiusura che il pubblico uffiziale deve fare dell' inventario, la moglie deve affermare che è veridico e sincero: si è voluto fare un appello alla coscienza della sposa e dare una garantia morale della lealtà di lei. L' art. 943 (1019), § 8, del Codice di procedura civile ne esige maggiormente l' adempimento, ei vuole che l' inventario contenga la menzione del giuramento prestato da coloroche sono stati in possesso degli oggetti o che hanno abitato la casa, che eglino non hanno nulla distratto, che non hanno veduto nulla distrarre, che non hanno saputo che nulla sia stato distratto.

1541. Ciò posto, si presenta una quistione; essa consiste nel sapere se la conferma è talmente dell' essenza dell' inventario che, si debba considerare come nullo l' inventario che non la contiene. La Corte di Bordeaux non l'ha pensato. Tutto ciò che si può dire secondo lei è che la mancanza di conferma può fare librare sopra l' inventario una presunzione d' inesattezza. Ma questa presun-

zione svanisce se nella causa vi sono altre presunzioni contrarie, che allontanano ogni sospetto di frode, di mala fede, di omissione.

Ei sembra che la Corte di cassazione si sia mostrata più rigorosa in un arresto del 22 dicembre 1829. Tuttavia, ci ha una differenza tra la sua decisione e l'arresto di Bordeaux. Nella specie giudicata dalla Corte di cassazione, era costante in fatto che la moglie non aveva fatto inventario; solamente vi era stato l'inventario fatto fuori termini dal curatore alla successione giacente, e la sposa non si era fatto proprio quest'inventario con la conferma richiesta dagli art. 1456 (1421) del Codice di civile e 943 (1019) § 8, del Codice di procedura civile. È alla presenza di queste due circostanze, cioè la tardanza dell'inventario, ed il difetto di conferma, che la Corte di cassazione decise che la moglie doveva essere considerata quale comune. Avrebbe essa emanata la stessa decisione se l'inventario fosse stato fatto a richiesta della moglie? Non oserei affermarlo, e confesso che sono assai inclinato ad attenermi al senso dato alla legge dall'arresto della Corte di Bordeaux.

1542. L'inventario dev'essere chiuso nei tre mesi. Il nostro articolo non permette di pensare, con gli autori che hanno scritto sotto l'impero della consuetudine di Parigi, che non è necessario di chiuderlo nel tempo prefisso. Essendo accordati tre mesi per fare l'inventario, bisogna di tutta necessità, che l'inventario sia fatto perfetto in questo termine: senza di che non sarebbero tre mesi che sarebber dati; sarebbe un tempo indefinito, e si ricaderebbe negl'inconvenienti che la nuova legge ha voluto prevenire.

1543. Del resto il termine di tre mesi, si calcola largamente. Il giorno della morte del marito non si computa; la Corte di Bordeaux ha ancora deciso che l'inventario non è tardivo allorchè è fatto il giorno che siegue lo spirare dei tre mesi contando dalla morte del marito. L'idea che domina questo arresto e che in tutti i casi la legge non dichiara nullo l'inventario allorquando è fatto dopo i tre mesi. Noi ci riuniremo di tutto cuore con coloro che vogliono che si calcoli con minuzia il termine di tre mesi. Ma ci leveremo fortemente contro la pretensione di non vedere nell'art. 1456. (1421) una disposizione imperativa, il di cui effetto è di rendere la moglie comune allorchè ha fatto l'inventario fuori termine: altrimenti con ciò si snerverebbe la disposizione legale, si aprirebbe la carriera all'arbitrio. Senza dubbio, l'art. 1456 (1421) non pronuncia nullità, ma era necessario? Per principio la moglie è comune: tale è la presunzione che milita contro di lei. Frattanto, per considerazioni particolari le si accorda il dritto di rinunziare.

Ma questo dritto che è esorbitante ed anomalo, è sottoposto ad una condizione, e per conservarlo (io mi servo delle parole dell'art. 1456 (1421) bisogna che la moglie facci l'inventario

ne' tre mesi. Se dunque ella fa l'inventario dopo i tre mesi, manca alla condizione da cui dipendava la di lei rinunzia: ella non conserva il dritto di rinunziare; lo lascia perire; ella diviene comune. Non vi ha mezzo di sfuggire a questo concatenamento d'idee. Si sa d'altronde che le condizioni devono essere adempite con esattezza, quando soprattutto è la legga che le impone nel pubblico interesse e come compenso di un favore. Forse vi possono essere de' casi ne' quali un leggiero ritardo può portare alla moglie un gran danno. Noi comprendiamo che l'interesse che si rannoda alla di lai posizione faccia interpetrare la legge con tanta equità, quanta è possibila; ma non si deve andare sino a violarla: sarebbe una debolezza pel giudice ed un pericolo per il credito. Ci ha frattanto de' giuristi i quali credono trovare nell'inesperienza delle mogli una scusa onesta per trasgredire le disposizioni della legge. Non si deve essera *uxorius* sino a tal punto. Non vi è causa tanto sacra che possa accordare al magistrato il dritto di sostituire la sua volontà a quella del legislatore. L'equità *cerebrina* è il più grande de' pericoli; spezza tutte le barriere; toglie ogni fiducia; lascia i giudicabili senza bussola e senza guida.

Così la Corte di Cassaziona si è ben guardata dal farsi trasportare da queste compiacenze fatali; essa decide con fermezza che la mancanza d'inventario ne' tre mesi trascina la nullità della rinunzia. È così che ha giudicato con arresto del 22 dicembre 1829, cassando un arresto di Colmar. E frattanto le circostanze della causa erano estremamente favorevoli. Il marito era morto li 4 aprile 1806; il 9 erano stati apposti i sigilli ed erano rimasti intatti; tutte le circostanze della causa dichiarate dall'arresto impugnato, provavano che la moglie era stata di buona fede. Nulladimeno la Corte di cassazione cassò l'arresto di Colmar che aveva ammessa la rinunzia della moglie; l'inventario ne' tre mesi gli è parso una condizione indispensabile per la rinunzia. La Corte di cassazione è qui nel suo posto, è nel vero. Non è nel potere de' giudici per quanto che si sieno favorevoli le circostanze il passar di sopra all'art. 1456 (1421), e di considerare come puramente comminatorie disposizioni tanto formali, tanto precise, tanto necessarie per prevenire le frodi. Per questa ragione, si considererà con molta riserva un arresto della Corte di Parigi del 10 gennaro 1835 che si lascia trasportare alle stesse mene che trasportavano l'arresto di Colmar.

1544. Se frattanto il ritardo non fosse provenuto dal fatto della moglie, se vi fosse stata forza irresistibile, si potrebbe avere riguardo alle circostanze. E questa è la ragione perchè non vi è contraddizione tra l'arresto della Corte di cassazione di cui venghiamo di parlare, ed un arresto della medesima Corte del 5 dicembre 1838, il quala decide che la moglie che è stata indotta ad accettare per dolo degli eredi del marito, non può essere pri-

vata del dritto di rinunziare, quand' anche tale rinunzia avesse luogo senza inventario e fuori i termini legali. Nulla di colpevole si potrebbe qui rimproverare alla moglie: ella è stata vittima delle manovre che hanno sorpresa la sua buona fede; tutto rimane integro a di lei riguardo, ed i creditori stessi quantunque estranei alla frode, non possono rimproverare alla moglie uno stato di cose di cui ella è stata la prima a soffrire.

Ma se è vero che la moglie può trovare nel dolo di cui ella è stata vittima un motivo per farsi restituire da una accettazione ruinosa, e di rinunziare fuori termine, non può dirsi lo stesso dell' errore che allegherebbe; non si reputa che uomo ignori la legge; nessuno non può pretendere sotto questo rapporto, ad una causa legittima di errore.

1545. La mancanza d' inventario non potrebbe opporsi alla moglie, quando ve ne è stato uno, fatto da altre persone: questo è quanto decide Pothier, e dopo di lui un arresto della Corte di Nancy, reso sulle mie conclusioni. Vi ha difatti, tale situazione in cui la moglie non è in possesso di nulla, ed in cui al contrario sono gli eredi del marito che hanno tutto sotto la mano. Una moglie può trovarsi in un ospizio di matti per alienazione mentale; può essere assente per un lungo viaggio. A che sarebbe buono un nuovo inventario quando di già ne esiste uno?

1546. Ma non fa d'uopo almeno che la moglie se lo appropri dichiarando quest' inventario sincero e veridico conforme agli art. 1456 (1421) del Codice civile e 943 (1019) §. 8, del Codice di procedura civile? Un arresto della Corte di cassazione del 22 dicembre 1829 sembra esigerlo.

Non sembra che per antica giurisprudenza si fosse andato così lontano. In verità alcuni autori sembravano volere che la moglie con la sua presenza a questo inventario se lo rendesse comune. « La vedova, dice Lebrun, è ammessa a rinunziare senza fare » l' inventario, quando l' erede del marito ha fatto fare lui stesso » l' inventario in presenza della vedova: perchè, come tra molti » eredi beneficiati l' inventario, fatto dall' un di loro, basta per » gli altri; così avendo gli eredi ed i creditori del marito fatto » fare l' inventario, la vedova ne profitta e può rinunziare sopra » questo inventario ». Ma altri, come Pothier, non esigevano nulla di simile.

Per nostro parere, qui non vi ha nulla di sacramentale o di rigoroso. Noi non vorremo sopra tutto esigere dalla moglie la conferma. Questa formalità non le è imposta se non quando l' inventario promana da lei. Ma quando sono i di lei contraddittori ed i di lei avversari che l' hanno fatto, una conferma non avrebbe utilità, nè senso. La moglie non può essere chiamata a confermare la sincerità di un atto che non è l' opera sua. Ella dimostra assai, d' altronde, la sua fiducia nell' inventario togliendolo per buono.

Nolate a di più, che la mancanza di conferma non induce nullità, come si è veduto di sopra. Ciò rende la quistione meno importante.

1547. La moglie è ognalmente dispensata dal far l'inventario quando i mobili e gli effetti sono stati sequestrati senza eccezione, a richiesta dei creditori. Tale stato di cose dice più di tutti gl'inventarii del mondo. Vi è prnova giuridica che l'attivo manca, e che la vedova non ha potuto nulla distrarre, poichè tutto è sotto la mano dei creditori.

1548. Gli eredi della moglie predefunta sono tenuti di far l'inventario per rinunziare? Tale quistione è disputata. Gli uni stimano che gli eredi della vedova predefunta non hanno bisogno di fare inventario: eglino non hanno il possesso; è il marito sopravvivente che è alla testa del tutto e che ha il tutto sotto la mano. Tale era ancora la decisione di Pothier sotto l'antica giurisprudenza; ed evidentemente l'articolo 1456 (1421) ha inteso ratificare questo stato di cose; perchè il suo testo non parla se non della *moglie sopravvivente*. È dunque senza applicazione quando è il marito che sopravvive; e, difatti, tutta le ragioni che hanno fatto compilare l'art. 1456 (1421), svaniscono quando è la moglie che premuore.

Altri sostengono che gli eredi sono obbligati all'inventario, e, per provarlo invocano, non l'art. 1456 (1421) che non è la sede della difficoltà, ma l'art. 1466 (T), che gli serve di compimento ed il quale vuole che, allorquando lo scioglimento della comunione, ha luogo per la premorienza della moglie, i di lei eredi non possono rinunziare alla comunione che *nei termini e nelle forme* che la legge prescrive alla moglie sopravvivente. Termine e forme, tutto passa dunque agli eredi; dunque l'inventario è richiesto dalla parte degli eredi come dalla parte della moglie, e questo è quanto hanno implicitamente deciso due arresti della Corte di cassazione del 9 marzo 1842. Si aggiungono a queste ragioni i travagli preparatori del Codice civile.

Bisogna, difatti, riconoscere che l'art. 1466 (T.) spiegato nella discussione del consiglio di Stato e del tribunato, dà una grande autorità a questa seconda opinione.

Il primo progetto del Codice civile non conteneva alcuna disposizione analoga all'art. 1446 (T.). L'art. 1456 (1421) era solo e senza correttivo; confermava, in conseguenza, l'opinione dell'antica giurisprudenza, ma il tribunato fu preso da scrupoli. « L'art. « 72 (art. 1461 (T.), dice egli, lascia supporre che gli eredi della « moglie possono rinunziare quando non vi sarebbe stato alcun « inventario dal loro lato nè da quello della moglie, purchè non « si fossero ingeriti; ciò che non si crede potere accadere. Fa « d'uopo sempre un inventario per evitare le frodi rapporto ai « terzi ».

In continuazione di tali osservazioni, fu aggiunto l'articolo 1466

(T.). È difficile da ciò il credere che la parola *forma*, di cui egli si serve, non stia là come per disegno, onde mostrare che gli eredi devono fare l'inventario se vogliono conservare il dritto di rinunziare.

Ora, se si ricerca la ragione del pensiero del tribunato si trova in ciò: il marito sopravvivente che assai volte è il padre degli eredi, può colludersi con loro per fare delle sottrazioni e dividerne il prodotto in detrimento dei terzi. Questo inconveniente sarà meno da temersi, se gli eredi fossero tenuti a far l'inventario ed a confermarlo sincero e veridico. Per me non dico che tali considerazioni sieno assai vittoriose e profonde; ma sono trascinato dall'art. 1466 (T.), che mi pare positivo e chiaro, e malgrado i miei dispiaceri per l'abbandono dell'antica giurisprudenza io entro senza altro pensiero nella via novella aperta da questo articolo.

1549. Ciò ci conduce ad esaminare se l'obbligazione dell'inventario ad oggetto di rinunziare è prescritta alla moglie separata di beni. Noi non sapremmo pensarlo.

Primieramente si deve prendere in considerazione il testo dell'articolo 1456 (1421). Di chi parla? Della *vedova che vuol conservare*, etc. Non si tratta qui dunque della moglie separata, la quale non è vedova, non è sopravvivente, e quindi non è possibile esigere l'inventario dalla parte della moglie che ha ottenuta la separazione. Allorquando il patrimonio del marito è aggravato di debiti, allorquando la separazione comprnova sufficientemente il disordine dei di lui affari, è meno necessario che un inventario ne calcoli le forze. La rinunzia ad una comunione onerosa e dilapidata, cammina per così dire da se stessa; si suppone di pieno dritto; e mentre che una moglie sopravvivente è presunta comune, una moglie che si separa è presunta rinunziasse: l'accettazione è per lei il caso eccezionale ed esorbitante. Vi è in seguito quest'altra differenza tra lo scioglimento della comunione per la morte, e lo scioglimento della comunione per la separazione: quando il marito premuore, la moglie è in possesso di tutto, può sottrarre, e la di lei rinunzia è sospetta di frode, se non è preceduta da un inventario; al contrario nel caso di separazione di beni, è il marito che gode di tutto, e la moglie non è in possesso. Tutto ciò prima del Codice civile era elementare, checchè ne abbiano potuto dire già è tempo Bacquet e Mornac. L'articolo 1456 (1421) ha voluto conformarvisi; non si trova per correggerlo nessuna disposizione analoga all'art. 1466 (T.), di cui parlavamo nel numero precedente. Vi è, al contrario, l'articolo 1463 (T.), il quale presume che la moglie rinunzia per la forza delle cose e non esige da lei alcuna formalità, alcuna dichiarazione, perchè si suppone estranea alla comunione se non l'ha essa accettata nei tre mesi e quaranta giorni.

1550. Essendo fatto l'inventario, è una quistione il sapere chi ne pagherà le spese.

Gli uni pensano che queste spese dovrebbero dividersi per metà tra la moglie e gli eredi, perchè sono nell'interesse comune; è una di quelle spese fatte per una utilità reciproca: e per convincersene, si aggiunge in quest'ordine d'idee, basta dare un momento di attenzione all'interesse della moglie ed all'interesse degli eredi del marito. Rapporto alla moglie, la quale potrebbe negare che l'inventario non sia per lei della più stretta necessità? Non bisogni che si esoneri perciò di un possesso che non le appartiene? L'inventario non è d'altronde una condizione *sine qua non* della di lei rinunzia? Bisogna dunque che paghi la sua parte. Da un'altra parte come l'inventario profitta agli eredi, che hanno interesse alla separazione del titolo di proprietà, eglino sopportano ancora metà delle spese. Questo è quanto decideva la consuetudine di Troyes. « *E pagherà il sopravvivente la metà delle spese del detto* « *inventario*, » espressioni generali che si applichino tanto alla moglie rinunziante quanto alla moglie che accetta la comunione.

Altri vogliono al contrario, che le spese dell'inventario sieno un peso della comunione, ed esiste in appoggio di questo sistema un arresto della Corte di Rouen del 1 luglio 1841. In quest'ultimo senso si possono fare valere le ragioni che sieguono; la moglie facendo l'inventario non fa che confermarsi al voto dell'articolo 1456 (1421) del Codice civile; la comunione è paragonabile ad una successione; or l'art. 810 (792) del Codice civile che le spese dei suggelli, inventario, e conto sono a carico della successione.

Noi opiniamo che quest'ultimo sistema deve prevalere. L'art. 1482 (T.) mette positivamente a carico della comunione le spese dell'inventario: perchè? Perchè la comunione dev'essere liquidata a spese della comunione. Or poco importa che la moglie in seguito rinunsii. Questa rinunzia non è che una conseguenza della liquidazione già fatta e consumata. Come sfuggira d'altronde all'analogia tratta dall'art. 810 (729)?

1551. Supponghiamo adesso che la moglie abbia adempito nei tre mesi la condizione di fare l'inventario. Con questo inventario, ella vede le forze della comunione, ha sotto gli occhi un documento che le premette di prendere con granda conoscenza di causa un partito decisivo. Ma, per non precipitar nulla in una materia di tanta importanza, l'art. 1457 (1422) accorda alla moglie quaranta giorni per deliberare. Perchè quaranta giorni anzi che trenta o cinquanta? Perchè questo termine di quaranta è, come lo dice Loisel, *dell'ordinario dei Francesi*. Tanto è stato tolto dall'ordinanza del 1667.

1552. Se, del rimanente, i tre mesi e quaranta giorni non sono sufficienti per fare l'inventario e deliberare, l'art. 1458 (1423)

permette al tribunale di accordare un termine suppletorio. Noi rinviamo al comento di questo articolo.

1553. Quando l'esame fatto dalla moglie la conduce a rinunziare, fa d'uopo che nello spazio di questi quaranta giorni facci la sua dichiarazione nella cancelleria del tribunale di prima istanza del domicilio del marito. Si è sempre esatta una dichiarazione solenne e pubblica. Questa dichiarazione deve essere inscritta sul registro delle rinunzie alle eredità.

1554. Se la moglie non avesse rinunziato nei tre mesi e quaranta giorni, è riputata comune. Intanto per avere lasciato scorrere questo tempo, ella non è decaduta dal beneficio di rinunziare: purchè ella abbia fatto un buono e leale inventario nei tre mesi, è ammessa a fare la sua rinunzia per lo spazio di trent'anni, purchè non si fosse ingerita; ciò è quanto vedremo per mezzo dell'art. 1459 (1424).

ART. 1458 (1423).

La vedova può, secondo le circostanze domandare al tribunale di prima istanza una proroga del termine prescritto col precedente articolo per la sua rinunzia: tal proroga, se ha luogo, si accorda in contraddittorio intesi o citati legittimamente gli eredi del marito.

COMMENTARIO

1555. Il nostro articolo riproduce la disposizione dell'art. 798 (715) del Codice civile, ed applica alla moglie ciò che l'art. 798 (715) applica all'erede. Può essere qualche volte utile alla moglie di avere un termine più lungo per fare l'inventario e deliberare; molti motivi possono frapporre degli ostacoli: assenza, difficoltà di riunire i titoli ed i valori, necessità di avere dilucidazioni da lontano, etc. La moglie può dunque domandare una proroga dei tre mesi e quaranta giorni. I tribunali hanno un potere discrezionale per accordarla o ricusarla (art. 1458, 798 (1423, 715) del Codice civile, e 174 (268) del Codice di procedura civile, e non la ricusano mai senza gravi ragioni.

1556. Come può essere utile di sentire gli eredi, così il tribunale deciderà se devono essere posti in causa, ma la loro presenza contraddittoria non è di assoluta necessità; non si chiamano, dice il nostro articolo, se non quando vi ha luogo.

ARTICOLO 1459 (1424).

La vedova che non ha fatto rinunzia nel termine sopra stabilito, non è privata della facoltà di rinunziare, quando non siesi ingerita nei beni, ed abbia fatto procedere all'inventario: può soltanto essere convenuta come vivente in comunione sino a che vi abbia rinunziato; e dee pagare le spese fatte contro di lei sino alla sua rinunzia. Può egualmente essere convenuta dopo la scadenza di quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, qualora questo sia stato compito prima dei tre mesi.

COMMENTARIO

1557. Abbiamo veduto che i quaranta giorni i quali succedono ai tre mesi accordati per far procedere all'inventario, sono destinati per dare alla moglie il tempo di deliberare, ed abbiamo aggiunto che tutto ciò è tolto dall'ordinanza del 1667. Questa ordinanza aveva voluto abrogare le consuetudini, le quali esigevano che la moglie si pronunciasse in brevissimo tempo; essa non vi era riuscita da per tutto.

Or, sotto l'impero di questa ordinanza la moglie non era esclusa se non rinunziava nei tre mesi e quaranta giorni. Lo spirito dell'ordinanza era che spirati i termini, la vedova non aveva più dritto ad un supplemento di tempo per determinarsi; era obbligata scegliere dall'instante della intima fattale. Tale è ancora il senso dell'art. 1459 (1424).

Se dunque la moglie è convenuta come vivente in comunione dopo i quaranta giorni, ella può ancora rinunziare. Ma le spese fatte contra di lei restano a suo carico: ella deve imputarsi un ritardo che ha lasciato credere ai creditori che accettava la comunione. Osservate, frattanto, che non può rinunciare se non quando ha fatto l'inventario nei tre mesi, e che non si è ingerita nei beni. In forza dell'inventario ella conserva il dritto di rinunziare (art. 1456 (1421).

1558. Quindi, ecco qual'è l'idea della legge.

Se la moglie, è infra il termine ed i creditori la convengono in giudizio, ella può arrestarli con una eccezione dilatoria e dir loro: Io non sono ancora obbligata di assumer qualità, aspettate perchè io mi pronunzii che spirino i termini; sin che non lo sono la vostra domanda è prematura.

Ma se il termine è spirato, allora i creditori hanno un giusto motivo di considerare la moglie come vivente in comunione; hanno una giusta ragione di convenirla come tale. Solamente essa può

ancora col mezzo dell' inventario e coll' essersi realmente astenuta, dichiarare sul momento che rinunzia. Con ciò allontana l'azione dei creditori ; ma deve le spese cagionate dal suo ritardo a dichiarare.

1559. Che se la vedova avesse lasciato scorrere trent'anni senza rinunziare, si potrebbe considerare come vivente in comune? Noi abbiamo trattato questo punto nel n. 1508; colà vi rimandiamo.

ARTICOLO 1460 (1425)

La vedova che ha sottratto o nascosto qualche cosa appartenente alla comunione, è dichiarata soggetta alla comunione, non ostante la sua rinuncia: lo stesso ha luogo riguardo ai di lei eredi.

COMMENTARIO

1560. Per potere rinunziare, fa d' uopo non essersi ingerito nei beni. Or, qual maniera più riprensibile di frammischiarsi negli affari della comunione, quanto il sottrare o distrarre a suo profitto taluni effetti di questa comunione? Profittare con un'atto lecito della comunione, vale lo stesso che accettarla positivamente; ma profittarne con una colpevole sottrazione o distrazione , vale lo stesso accettarla con circostanze aggravanti: vale lo stesso che torne i vantaggi nel medesimo tempo che si respinge la qualità che potrebbe generare inconvenienti; vale lo stesso che togliersi ogni scusa ed ogni interpetrazione favorevole all' atto di maneggio o di possesso riconosciuto costante. La moglie avrebbe bel dire che non ha avuta intenzione di accettare ; che importa ? si punisce in quel che ha peccato. Ella ha voluto sottrarre effetti della comunione; ebbene! avrà tutta la sua parte della comunione per punizione. *Così saranno punite le dette vedove della sottrazione e dello spergiuro*, diceva la consuetudine del Nivernese. E a titolo di pena che s' infligge il carattere di accettazione ad un atto che nell'idea della moglie non esisteva. Viene attaccata per punirla al fatto materiale , e se ne riseca la protestà. Ei vale meglio, d'altronde, che sia comune, anzi che ladra.

Questo non è tutto; noi vedremo esaminando l' art. 1477 (T.), un' altra pena , per la moglie che ha sottratto o distratto alcuni effetti della comunione. Il Codice non si limita a togliere alla sposa, il dritto di rinunziare; ritenendola come in comunione , le toglie ogni porzione dagli effetti distratti.

1561. Generalmente gli antichi giureconsulti erano inclinati diffidare della probità della moglie che la morte del marito lasciava alla testa della comunione. Ei segnalavano il di *lei naturale avaro*; quasi sempre le loro riflessioni sono ingiuriose per le mogli e di-

sdegnose del loro carattere. Non si deve obliare che all'epoca in cui scrivevano tali autori, si risentivano ancora delle idee barbare che avevano pesato sopra secoli precedenti, e che avevano posto la moglie in uno stato d' inferiorità morale e civile. Il Codice dev'essere interpetrato con disposizioni meno ostili. D'altronde io non osservo che i costumi moderni autorizzano a pensare che il naturale della donna sia portato all'avarizia più di quello dell'uomo. Ogni stesso ha i suoi meriti ed i suoi difetti; e a calcolo fatto, sono convinto che vi ha uguaglianza dall' una parte e dall' altra nella somma del bene e del male. Le sottrazioni non sono meno da temersi dalla parte dei mariti che dalla parte delle mogli. L'art. 1477 (T.), di cui parleremo più sotto, parla di ambedue. Allontaniamo dunque tutte queste rimembranze di un'altra età , tutte queste prevenzioni senza fondamento; ma non abbandoniamo alcuna delle precauzioni prese dalla legge per prevenire o punire atti contrari alla buona fede. Sappiamo bene che le sottrazioni sono possibili da parte della moglie sopravvivente ; dunque applaudiamo alla giustizia dell'art. 1460 (1425): noi pertanto non diremo che siano frequenti, e che vi è nel cuore della donna un sentimento d' avarizia che la rende facilmente sospetta.

1562. Per interpetrare sanamente l' art. 1460 (1425), vi è una prima riflessione da fare: ed è che si devono distinguere le distrazioni fatte durante il matrimonio, da quelle che hanno avuto luogo dopo.

Vediamo le distrazioni fatte durante il matrimonio. La moglie cerca qualche volta di fare economia, e ciò può essere con la buona intenzione e nella vista di preveggenza che sottrae agli sguardi del marito, risparmi che forse, sarebbero stati dissipati. Tali risparmi non meritano il nome severo di sottrazione. La moglie ha un dritto abituale nella comunione; si reputa piuttosto che agisca da padrona anzi che con spirito fraudolento: « *Sane plerumque* « *credendum est eum qui partis dominus est iure suo potius uti* « *quam furti consilium inire* ». Le cose in siffatta guisa poste da canto devono essere appalesate. Se allo scioglimento del matrimonio la moglie persistesse a dissimulare il possesso, allora sarebbe colpevola di sottrazione; perchè la sottrazione comprende non solo ciò che è stato distratto dopo la morte del marito , ma ancora, ciò che essendo stato distratto nella sua vivenza è dissimolato nell' inventario.

Se ella premuore, gli eredi devono appelesare, o se ne rinunziano , devono compensare. La comunione non deve soffrire per le distrazioni fatte dalla moglie. Noi abbiamo esposto ciò nel nostro comento all' art. 1437 (T.) Vi ha di più : ed è che se gli eredi conoscendo l' origine della cosa distratta dalla moglie, ne dissimulassero la esistenza, potrebbero essere dichiarati in comunione malgrado la di loro rinunzia. L' art. 1460 (1425) li sottopone alla medesima pena della moglie.

1563. In quanto alle rimozioni fatte dopo lo scioglimento della comunione, queste prendono sul momento il carattere fraudolento e rendono la moglie comune.

Ma non vi è distinzione a farsi tra le sottrazioni anteriori alla rinunzia e le sottrazioni, e rendono la moglie comune.

Ma non vi è distinzione a farsi tra le sottrazioni anteriori alla rinunzia e le sottrazioni posteriori?

Due testi contrari tengono da principio lo spirito sospeso.

Secondo la legge 71, § ult., D., *de acq. vel. omitt. haered.*, le sottrazioni posteriori alla rinunzia non sono considerati come atti di erede; sono semplicemente furti qualificati, che danno luogo all'azione penale.

Da un altro lato, l'art. 164 della consuetudine d'Artois dichiara la vedova in comunione, sia che sottragga prima, sia che sottragga dopo la rinunzia.

Frattanto questi due testi possono amendue avere ragione, considerati ognuno secondo il suo punto di vista.

Quando non vi è alcun nesso tra la rinunzia e la sottrazione posteriore, si deve seguire la legge romana. La rinunzia ha reso la moglie estranea alla comunione. La rimozione di cui in seguito si è resa colpevole, per tentazione ed occasione, non è la rimozione di un oggetto comune; è una sottrazione come potrebbe farla un terzo qualunque.

Ma quando vi è legame tra la rinunzia e la rimozione, di modo che, la rinunzia non sia stata se non un mezzo di sottrarre più impunemente, allora la consuetudine di Artois deve servire di ragione scritta, e la moglie diviene comune in castigo del suo concerto e della sua frode.

Così, tutto dipende dall'intenzione, e l'intenzione si calcola secondo le circostanze.

1564. Dalla nostra distinzione ne siegue che, allorquando la sottrazione posteriore si lega alla rinunzia, la moglie non può essere convenuta per furto. Essendo la moglie dichiarata dal nostro articolo in comunione, malgrado ogni rinunzia, non è possibile di vedere un furto nella rimozione della cosa di cui è comproprietaria. La pena della moglie dunque è l'abolizione della rinunzia; è ancora la di lei sottoposizione ai debiti, senza potere eccepire il beneficio dell'art. 1483 (T.); è la di lei privazione ad ogni partecipazione degli oggetti sottratti (art. 1477 (T.). Questo cumulo di pene civili è un freno sufficiente, e dispensa di ricorrere alle pene criminali. Si devono evitare per la rimembranza del nodo che ha unito i coniugi. D'altronde, non si scorge perchè la moglie sarebbe più colpevole per aver sottratto dopo, che prima alla di lei rinunzia: perchè quando commette sottrazioni durante il tempo che le è accordato per deliberare, ella abusa della grazia e delle legge; insulta al favore di cui è stata rivestita, se ne fa

un'arma contro la buona fede; una circostanza è questa aggravantissima. Le azioni civili sono dunque sufficienti.

1565. Ma i complici delle sottrazioni possono essere perseguitati criminalmente: nessuna ragione induceva risparmiarli; è di buona giustizia il trattarli con severità.

1566. È solamente la frode che l'art. **1460** (**1425**) ha voluto punire; non procede con rigore contro semplici errori esenti di mala fede. Quand'anche vi sarebbe colpa grave, se non vi fosse sottrazione premeditata, non sarebbe il caso della massima: *Lata culpa dolo aequiparatur*. Le parole dell'art. 1460 (1525) indicano quest'idea. La distrazione ha somiglianza ad una sottrazione maliziosa; la sottrazione ad una omissione nell'inventario dettata da uno spirito di frode. Questo è quanto la legge romana esprimeva con la parola *amovere*, che sempre si pigliava in cattiva parte: *Amovisse eum accipimus qui quid celaverit, aut interverterit, aut consumpserit.*

La moglie di un gentiluomo era stata rilegata da suo marito in un convento, in virtù di un ordine regio. Le era stata assegnata una pensione di 4,000 lire. Siccome l'annua spesa di questa signora nel convento, non ascendeva che a 1,500 lire, ella economizzava annualmente 2,500 lire. Il matrimonio durò lungo tempo, e finì con la morte del marito. La vedova aveva risparmiato 30,000 lire, che aveva impiegate. Il di lei inventario aveva dettagliato con una scrupolosa fedeltà tuttociò che dipendeva dalla comunione, anche i più incalcolabili mobili del luogo del di lei ritiro. Ma non aveva parlato delle sue 30,000 lire, pensando probabilmente che questo frutto delle sue economie era un acquisto personale che non entrava in comunione. Quest'era un errore. Ma la vedova era di buona fede, e secondo Lebrun si decise unanimamente in tribunale che non era decaduta dalla sua rinunzia. *Amovere non videtur qui non callido animo nec maligno rem reposuit, vel is qui in re erravit, dum putat non esse haereditariam. Si igitur non animo amovendi vel ut haereditati damnum det, sed dum putat non esse haereditariam, dicendum est eum amovisse non videri.*

La giurisprudenza moderna offre esempi di simili decisioni.

Supponete che una vedova, prima di aver fatto l'inventario, disponga di taluni effetti della comunione in profitto di un creditore; tale atto non sarà considerato come una rimozione o una sottrazione. È possibile che sia un atto di savia e buona amministrazione.

Supponete che l'inventario produce con la moglie presente delle omissioni, ma che queste omissioni siano il risultato dell'oblio, dell'errore della distrazione ed anche dell'incuria, la moglie non dovrà perciò essere dichiarata in comunione. Basta che sia esente di frode e di mala fede, perchè l'art. 1460 (1425) le sia inapplicabile.

1567. Quanto abbiam detto ci conduce a dimandare se la moglie minore che si rende colpevole di sottrazione, diviene comune malgrado la di lei rinunzia.

L' effermativa non è dubbia. La minorità qui non potrebbe servire di scusa: *in delictis non attenditur minor aetas*. Il minore che è *doli capax* incorre nella responsabilità del delitto, ed è sottoposto a tutte le conseguenze che ne derivano. Non è restituibile contro le azioni delittuose che ha commesse con conoscenza e discernimento.

Questo punto frattanto fa difficoltà agli occhi di autori commendevoli. Dicono, che la moglie minore attesa la debolezza della sua età, è incapace di privarsi indirettamente di un beneficio qual'è la facoltà di rinunziare: altrimenti sarebbe un ammetterla per vie oblique a contrarre impegni che non può direttamente contrarre. Senza dubbio, si soggiunge, la moglie minore che si rende colpevole di sottrazione è soggetta alla pena pronunziata dall' art. 1477 (T.); è questo il caso della massima. *In delictis non attenditur minor aetas*. Ma altro è applicarle questa pena che ha meritata, altro tirare dal fatto di lei un'accettazione presuntadella comunione; perchè, come minore non può accettare, ed è restituibile contro tutti gl' impegni diretti o indiretti che ha potuto contrarre.

Questa opinione non mi sembra da proporsi.

Ascoltiamo primieramente Cujacio: si vedrà se è vero, come lo dicono Rodére e Pont, che questo giureconsulto non scioglie la quistione.

Ei si domanda qual'è la differenza che vi ha sotto il rapporto dell' accettazione, tra l' ingerenza e la sottrazione, e se si può farsi restituire, contro dell' una o dell' altra; ed ecco la di lui risposta:

« O il minore si è inserito ne' beni, ed allora a causa della sua età può ottenere la restituzione in intiero: « *Aut miscuit, non potest quandocumque petenti in integrum restitutio denegari, aetatis beneficio* (*L. Necess.. D., de acq. haered.*; L. 1 e 2, C., *si minor ab haered. obst.*) ». O ha detratto qualche cosa da questa eredità che diceva di non volere, ed allora non ha il beneficio di astenersi; perchè altro è ingerirsi, altro il distrarre ed il sottrarre. Non si ottiene la rescissione di una sottrazione, perchè la sottrazione è un delitto, l' età non scusa il minore che delinque: « *Si autem amovit clam ex haereditate filius aliquid, cum palam diceret se haeredem esse nolle aedicto praetoris definitum est eum abstinendi beneficium non habere* (*L. si servum*, §. *Praetor*, *D.*, *de acq. haered.*). *Quid ergo hic egit an miscuit se? Minime ... Quid ergo amovit? An petet amotionem rescindi? minime vero. Amotio delictum est.* (*L. si cum mulier*, §. penult. D., *rer. amotar.*) *furto scilicet proximum. Lenitas modo verbi tantum rei tristitiam mitigat. In delictis*

autem neminem aetas excusat. (L. 1 a 2, C., *si advers. delict.*) ».

Queste parole hanno un grave peso, e sciolgono nettamente la quistione. Esse mostrano la differenza tra l'ingerenza e la sottrazione, ed il savio giureconsulto non esita di ricusare all'autore del delitto, il beneficio che accorda all'autore di un fatto ordinario d'ingerenza. Come potrebbe essere diversamente? È restituibile il minore contra le obbligazioni risultanti dai delitti, o de i quasi delitti? L'art. 1310 (1264) del Codice civile non proclama altamente questa verità, che non è solamente un punto di dritto certo, ma che è ancora un punto rispettabile di morale? Confesso adunque che non comprendo gli scrupoli degli autori che or ora ho citato. Che importa, difatti, che in tesi ordinaria un minore non possa obbligarsi direttamente? A questa regola ci ha una eccezione; ch'ei si obbliga col suo delitto e che non è restituibile contra le obbligazioni risultanti da questo delitto. Or l'obbligazione di rimanere comune non è annessa alla sottrazione che fa la moglie? Senza dubbio, e l'art. 1460 (1425) lo dichiara formalmente. Dunque la moglie minore colpevole di sottrazione non potrebbe sfuggire a questa obbligazione, malgrado il beneficio della sua età. Ella è senza scusa, non è restituibile.

Si argomenta dall'art. 1455 (1420), il quale, ricusando alla moglie maggiore il benefizio della restituzione, allorquando ha presa le qualità di comune, lo riserva implicitamente alla moglie minore, e si crede per mezzo di quest'articolo, di snervare la forza e la generalità degli art. 130 e 1460 (1264 e 1425). Io non vedo in tale obiezione la menoma solidità, e trovo Odier, assai indulgente nello scorgervi *una gran forza.* L'articolo 1455 (1420) suppone una moglie che ha presa la qualità di comune. Che questa qualità sia stata presa solennemente o di fatto, non è quello che importa, la qualità può essère stata presa in un modo qualunque, e ciò basta al punto di vista dell'art. 1455 (1420). Ma dunque la moglie che sottrae prende la qualità di comune? Ella prende gli oggetti della comunione e ne ripudia la qualità: ecco la situazione. La moglie si nasconde da tutto ciò che può fare supporre che vuole essere comune, riveste la qualità di moglie che rinunzia, pratica raggiri fraudolenti e clandestini per arricchirsi a spese della comunione: questa non è l'ipotesi dell'art. 1455 (1420). Questo articolo statuisce nella previsione di una qualità che si confessa di un atto lecito, ma di cui si vuol fare restituire. Qui si tratta di una cattiva azione, non c'è restituzione contro di un simile atto. Si è incorso in una punizione, fa d'uopo subirla. Or è una pena inflitta dal nostro articolo, e la moglie quantunque minore è troppo riprensibile, perchè si faccia in di lei favore un'eccezione che ninna cosa giustifica.

Si insiste frattanto, sostenendo che non è una forma di pena che statuisce l'art. 1460 (1425): che la pena della sottrazione è

nell'art. 1477 (T.) e non nell'art. 1460 (1425), che non fa se non attribuire ad un fatto d'ingerenza le sue conseguenze naturali. Questo è un grand'errore. Il carattere penale dell'art. 1460 (1425) non potrebbe sfuggire agli spiriti attenti. « E si è trovato che « le dette vedova (diceva la consuetudine del Nivernese), abbiano « sottratto qualche bene del defunto, in questo caso saranno te- « nute di pagare la loro parte dei detti debiti, non ostante le dette « rinunzie, *e così saranno punite della sottrazione e dello sper- « giuro.* » È evidente, difatti che è a titolo di punizione, che si attribuisce il carattere d'ingerenza ad un fatto che, nell'intenzione dell'autore non si connetteva con una accettazione.

1568. Fatto per la vedova l'art. 1460 (1425) non è applicabile alla moglie separata di beni, la quale, posta sotto l'autorità e la potestà del marito, non si reputa avere agito che pei di lui ordini, e pel di lui conto.

1569. Allorquando la moglie è stata convinta di sottrazione o di distrazione, non si ammette a prevenirne le conseguenze con una restituzione.

Quand'anche la moglie offrirebbe tale restituzione, dopo la chiusura dell'inventario, questa buona volontà tardiva non cancellerebbe il suo delitto. Ella con la sua frode si è obbligata verso i terzi; non è più padrona dunque, anche col suo pentimento, di sciogliersi da tale obbligazione. Noi ritorneremo sopra questo punto nel nostro comento all'art. 1477 (T.)

Diciamo solamente che le circostanze possono molto influire sopra lo scioglimento di questo punto di dritto. Se la moglie non fosse stata ancora convenuta, se nessun reclamo si fosse elevato e che da se stessa in un breve termine avesse fatta la restituzione, prima della chiusura dell'inventario, sarebbe troppo rigoroso il qualificare il fatto come sottrazione: *Brevi reversa uxor nec divertisse videtur.* Questa è l'opinione di Pothier e di Lebrun.

1570. La disposizione dell'art. 1460 (1425) si applica agli eredi della moglie.